This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

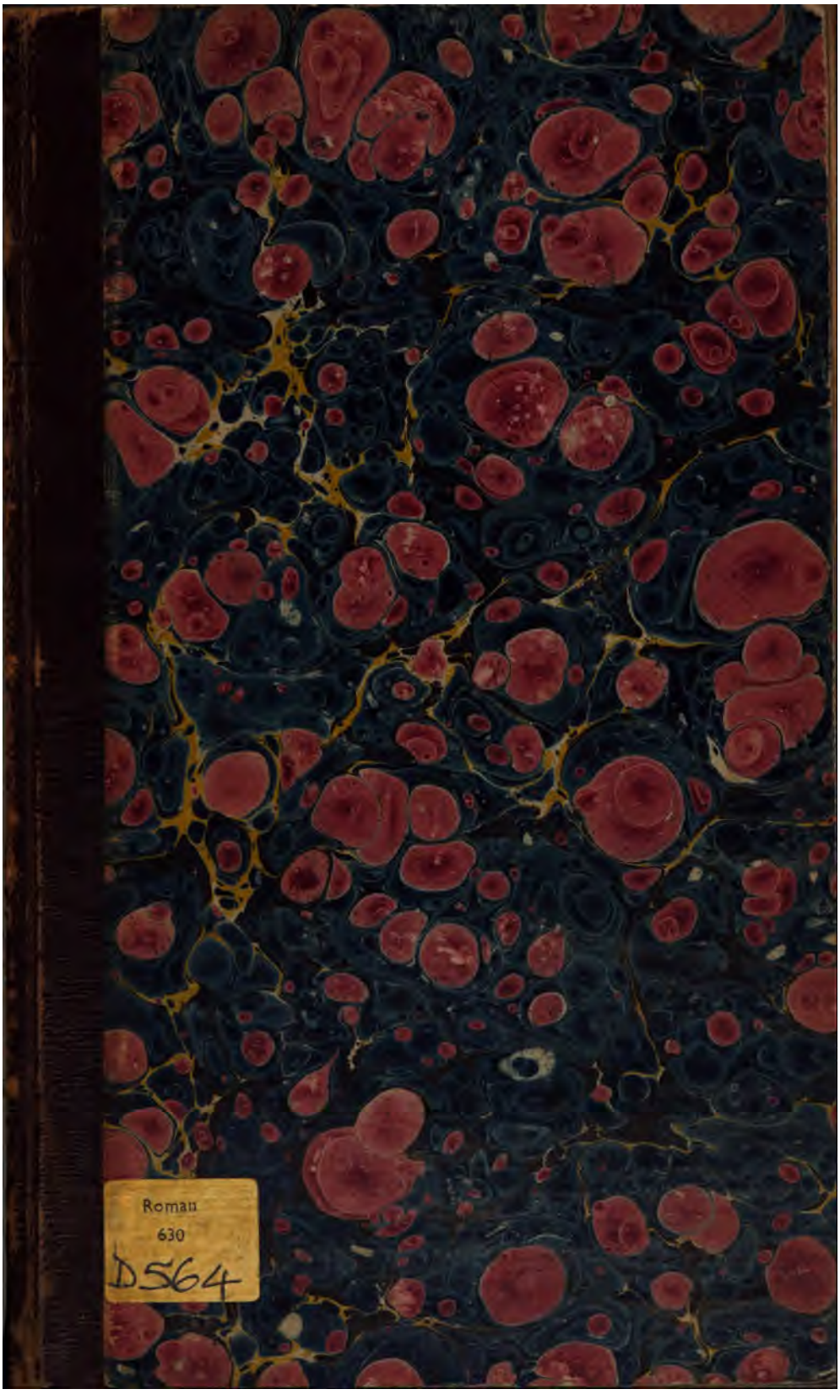
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

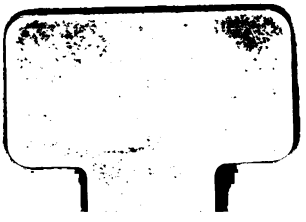
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


Roman
630
D564

Ancient Law

L. Rom. C. 28 e. Family 3

Roman
CS
D564



Das

Senatus consultum Macedonianum.

Eine civiliſtiſche Monographie

von

Dr. Guſtav Dietzel,
a. o. Prof. an der Univerſität Leipzig.

Leipzig,
Verlag von S. Hirzel.
1856.

Herrn

Dr. Carl Georg v. Wächter

ein öffentliches Zeichen der Dankbarkeit.

Vorrede.

Es ist mir nicht leicht geworden, die Scheu vor der Veröffentlichung der ersten größeren Arbeit zu überwinden. Ich meine nicht bloß die Scheu des Anfängers; auch um der Sache willen hätte ich die Arbeit wohl noch zurückhalten mögen. Das sctum Macedonianum ist zwar als ius singulare für sich abgeschlossen; aber es greifen doch aus dem commune ius wichtige Fragen ein, die gerade hier praktisch sich zeigen und deren Lösung für das Senatusconsult vorausgesetzt werden muß. Ich denke dabei vorzugsweise an die Peculiarverhältnisse, an die naturalis obligatio, an das constitutum. Daß die Untersuchungen über diese Lehren noch nicht zum Abschluß geführt haben, wird kein Zweifel sein. Excurse konnten aber nicht genügen; und so blieb mir nur die Wahl, entweder soweit möglich wenigstens andeutend auf jene Institute einzugehen oder diese Abhandlung so lange zu unterdrücken, als bis ich zugleich die Monographieen über jene Lehren herausgeben könnte. Das Letztere wäre gewiß zum Vortheil dieser Abhandlung gewesen. Ich habe gleichwohl das Erste vorgezogen, weil ich durch eine eingehende Kritik des Senatusconsultes auch für die Behandlung der angedeuteten Institute zu gewinnen hoffe, und weil noch im Laufe dieses Jahres eine ausführliche Monographie über die naturalis obligatio erscheinen soll.

Leipzig im August 1856.

Dietzel.

Inhalt.

§ 1.	Einleitung	3— 6.
§ 2.	Die Literatur	6— 13.
§ 3.	Das prätorische Edict: quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur	13— 16.
§ 4.	Das sct. Macedonianum	16— 20.
§ 5.	Der rechtliche Grund des Senatusconsultes rücksichtlich der Hauskinder allein	20— 22.
§ 6.	Forts. Ausnahmen vom Senatusconsult aus Gründen, die in der Person der Hauskinder liegen. Filiusfamilias miles	22— 26.
§ 7.	Forts. Putative Vermögensfähigkeit: si publice sui iuris esse videtur	26— 31.
§ 8.	Der rechtliche Grund des Senatusconsultes rücksichtlich der Hauskinder in Bezug auf ihren Hausvater	31— 36.
§ 9. 10.	Forts. In rem patris versum	36— 51.
§ 11.	Forts. Das Darlehen sciente patre	52— 56.
§ 12.	Forts. Haftung de peculio	56— 65.
§ 13.	Die bisherigen Resultate	65— 69.
§ 14.	Beschränkung des Senatusconsultes auf mutua pecunia.	69— 73.
§ 15.	Geldzahlung zum Zweck der Verpflichtung	73— 84.
§ 16. 17.	Geldzahlung an das Hauskind	85—102.
§ 18.	Die exceptio scti Macedoniani	102—107.
§ 19.	Zuständigkeit der exceptio	107—118.
§ 20.	Wegfall der exceptio aus späteren Gründen	118—119.
§ 21.	Forts. Anerkennung von Seiten des Darlehensempfängers als Hauskind	120—129.
§ 22.	Forts. Anerkennung von Seiten des Darlehensempfängers als Hausvater	129—136.
§ 23.	Forts. Anerkennung von Seiten des Hausvaters des Schuldners	136—138.
§ 24.	Die naturalis obligatio	138—150.
§ 25.	Geltung der exceptio bei vorhandenem pec. adventicium	150—151.
§ 26.	Geltung des Senatusconsultes im heutigen gemeinen Recht	152—154.

Das senatus consultum Macedonianum.

§ 1. Einleitung.

Eine ſelbſtſtändige Behandlung des senatus consultum Macedonianum ſcheint mir aus theoretiſchen wie praktiſchen Gründen noch immer gerechtfertigt. Die Theorie, welche in den neueren Unterſuchungen über exceptio und naturalis obligatio ſtets auf jenes Senatusconſult ſich gewieſen ſieht, hat daſſelbe zur Aufſtellung ſehr verſchiedener Principien benutzt. Es hätte Bedenken erregen ſollen, ob und wie weit ein ius singulare zu einem normalen Princip führen könne; doch wurde dieſes Bedenken, meines Wiſſens, ernſtlich nicht erhoben und erwogen. Eher könnte der Umſtand, daß wir hier ius singulare haben, verführen, alle die exceptio und naturalis obligatio berührende Fragen von dem Standpunkte des Senatusconſultes aus ohne Antwort zu laſſen; der Unterſuchung über das Senatusconſult wäre damit zu einem großen Theile das juriſtiſche Intereſſe entzogen. Es ſcheint auch, als ob jedes Ausnahme-Recht mehr Werth in facto als in iure haben müßte. Aber eine Bedeutung muß dem ius singulare auch für das ius commune, für Principfragen zuerkannt werden: daß nämlich durch das ius singulare und an demſelben das Dogma des ius commune ſich ſchärfer beſtimmt und beſtimmter ſich aufweiſt. So haben die römiſchen Juriſten das Weſen der Schenkung gerade bei dem

Ausnahme-Recht unter Ehegatten ausführlich erörtert.[1]) So tritt uns in dem sct. Velleianum wieder das Dogma des ius commune entgegen, daß aus einer Stipulation der Schuldner, ohne erst eine Leistung empfangen zu haben, zur Gegenleistung kraft der exc. doli nicht gehalten ist; dieses Dogma würde das Institut der Bürgschaft zu einer Unmöglichkeit machen, also fällt die exc. doli aus der Person des Bürgen weg: das sct. Velleianum giebt sie der bürgenden Frau wieder.[2]) Könnte nicht so das sct. Macedonianum dienen, dem Begriff und dem Dogma über die naturalis obligatio einen bestimmten Anhalt zu geben, wenigstens nach der einen Seite der Frage, wann im Fall versagter Klage eine naturalis obligatio zurückbleibe? Diese Frage gewinnt an Gewicht, wenn man dem sct. Macedonianum das sct. Velleianum gegenüber stellt. Daß nach letzterem Senatusconsult eine naturalis obligatio nicht restirt, hat keinen Zweifel;[3]) und doch lauten beide Senatusconsulte: ne actio petitioque daretur; und Beide enthalten ius singulare. Hiernach muß soviel feststehen, daß der Grund, warum in dem einen Fall eine naturalis obligatio noch fortwirke, in dem andern nicht, im ius singulare nicht gesucht werden kann und auf einem Princip beruhen muß.

Die Antwort auf die eben berührte Frage hängt nun wesentlich davon ab, daß man sich klar macht, worin die Ausnahme des ius singulare bestehe. Denn nur so läßt sich bestimmt nach-

---

[1]) Vergl. auch Savigny, System IV. S. 5—9. bes. Note e. u. g. und S. 166.

[2]) Hieraus erklären sich leicht die Ausnahmen, welche die römischen Juristen zuließen. — Zu der Darstellung im Text führt auch die Erörterung bei Bachofen, ausgewählte Lehren des Civilrechts. Bonn, 1848. I. Abh. S. 1—3.

[3]) Die Glosse zu l. 10 D. ad sct. Maced. 14, 6 behauptet freilich dasselbe, wie beim sct. Maced.; und in neuester Zeit Holtius, Abhandlungen civilist. u. handelsrechtl. Inhalts. Uebers. von Sutro. Utrecht, Keminк en Zoon. 1852. S. 17.

weiſen, wann und wo das ius commune wieder Platz greife. Außer der Frage in Betreff der naturalis obligatio gehört hierher z. B. auch die Frage, in welchen Fällen für das Hauskind das Senatusconſult nicht, ſondern das Edict gelte: „quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur“ (beneficium competentiae). Da aber jede Ausnahme einen Grund haben ſoll, wie die Regel, und von dem Grunde Umfang und Wirkung der Ausnahme bedingt iſt, ſo muß die nachfolgende Unterſuchung vor Allem den Grund des Senatusconſultes feſtzuſtellen ſuchen. Es iſt hier ſehr die Frage, ob der Grund nur ein äußerer ſei, oder ein innerer, in dem Rechtsſyſteme überhaupt z. B. hier in der rechtlichen Stellung der Hauskinder oder ſachlich in der Natur des Rechtsverhältniſſes gelegen. Und wenn nun nach dieſen verſchiedenen Beziehungen der Grund ſich wirkſam zeigt, wie wirken ſie nebeneinander auf die Geſtaltung des Ausnahme-Rechts ein? Man erkennt, daß der Interpretation hier viel zu thun bleibt. Darf und wie weit darf der bloß äußere Grund die Interpretation beſtimmen? Wo iſt der innere Grund vorhanden, wann alſo gilt die Ausnahme, wann das ius commune?

Wenn ſich durch die Rückſicht auf den Grund des ius singulare beſtimmt, ob und wann daſſelbe im concreten Falle gelte oder nicht, ſo muß eben auch hierdurch ſich beſtimmen laſſen, ob daſſelbe in abstracto überhaupt noch ſtatthaft ſei. Auch hier wiederholen ſich jene Fragen, was iſt auf den äußeren Grund, was auf den inneren zu geben? Den inneren Grund will ich von nun an den rechtlichen oder Rechtsgrund nennen.

Es ergeben ſich hiermit für die Unterſuchung folgende Hauptpunkte:

1) Das Recht vor dem Senatusconſulte, alſo das ius commune in Betreff von Geſchäftsobligationen der Hauskinder, einſchließlich das prätoriſche Edict quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur.

2) Der rechtliche Grund des Senatusconsultes.

3) Der äußere Grund des Senatusconsultes: Beschränkung auf mutua pecunia data.

4) Die exceptio senatus consulti Macedoniani.

5) Die naturalis obligatio des Hauskindes.

6) Die praktische Geltung in unserem gemeinen Rechte.

Bevor ich zur Erörterung dieser Punkte übergehe, will ich nur kurz die Stellung der bisherigen Literatur zu dem Senatusconsult berühren.

§ 2. Die Literatur.

Das Recht des Senatusconsultes mit allen einschlagenden Fragen ist, meines Wissens, nur von Donellus, comment. lib. XII. c. 24—28 ed. Bucher, und von Glück, Erläut. d. Pand. XIV. S. 302—354, im Zusammenhange und ausführlich dargestellt worden. Die zahlreichen Dissertationen des vorigen Jahrhunderts waren mir unzugänglich, scheinen aber, wie aus Glück a. a. O. hervorgeht, sich vorzugsweise nur mit einzelnen Fragen zu beschäftigen z. B. über die Zeit des Senatusconsultes, über den Text desselben. In der neueren Zeit hören auch die Dissertationen auf; wir sind allein auf die Lehrbücher verwiesen. Nur soweit das Senatusconsult in die Lehre von den Exceptionen, besonders aber der nat. obl. hineinführt, ist dem Senatusconsult in neuester Zeit eine größere Rücksicht zu Theil geworden; es sind hier zu nennen Büchel, civilr. Erörterungen, Marb. 1836. II. 1. S. 103 fg., Christiansen, zur Lehre von der nat. obl. u. cond. indeb. Kiel, 1844. S. 106—111., Savigny, System V. S. 374—80. und Obligationenrecht I. S. 77. 78. 115—120, Holtius a. a. O. S. 18. 21 u. S. 26.

Den charakteristischen Unterschied der früheren und der neueren Literatur über das Senatusconsult glaube ich durch Folgendes

bezeichnen zu können. Gerade die Frage, welche heut zu Tage die Theorie beſchäftigt, warum die exc. scti Macedoniani die naturalis obligatio beſtehen laſſe, iſt von Donellus bis auf Glück einer eingehenden Unterſuchung nicht gewürdigt worden. Donellus[1]) betrachtet offenbar die naturalis obligatio als eine Folge des ius singulare, wovon auf andere Fälle ein Schluß unzuläſſig ſei; und daran hält auch noch Glück a. a. O. S. 312 feſt. Als reine Singularität ſtellt dies unter den Neueren wohl nur noch von der Pfordten[2]) auf. Die neuere Literatur hat ſich hierbei nicht beruhigt; und wohl mit Recht. Ueber das Princip freilich iſt man bis heute nicht weiter einig, als daß es in dem Charakter der Exceptionen gefunden werden müſſe. Darnach unterſcheidet Büchel a. a. O. exceptiones in odium creditoris, die die naturalis obligatio nicht entkräften ſollen, von excc. in favorem debitoris. Dieſe Unterſcheidung hat zwar in drei Ausſprüchen römiſcher Juriſten einigen Anhalt; aber jene Ausſprüche ſind nur der Verſuch einer Erklärung, und die Unterſcheidung iſt nach keiner Seite hin ſicher durchzuführen.[3]) Dagegen ſchlägt Savigny a. a. O. die Unterſcheidung in excc. iuris civilis und iuris gentium vor: weil die nat. obl. im ius gentium beruhe, ſo könne von einer exc., welche dem ius gentium fremd iſt, die nat. obl. nicht beſeitigt werden. Dieſe Unterſcheidung empfiehlt ſich durch das ihr zu Grunde liegende römiſche Axiom: quibus modis acquirimus, iisdem modis amittimus. Allein die Durchführung dieſes Princips iſt eben

---

[1]) Comment. XII. c. 2, § 12. Nec obstat exceptio, quoniam sic ista per occasionem personae filiifamilias inducta est, ut non tam ideo inducta sit, quo ille exoneraretur, quam ut hac poena afficeretur qui pecuniam credidit.

[2]) De oblig. civilis in naturalem transitu. Lips., 1843. p. 12 u. p. 29, Note z.

[3]) Ich verweiſe deßhalb auf Savigny, Syſtem V. S. 375—377.

ſo wenig mit Sicherheit möglich; und daß Savigny[4]) ius gentium umſchreibt mit naturalis ratio oder aequitas, vermehrt die Unſicherheit. Ob ferner die naturalis obligatio im ius gentium die Wurzel habe, ob nat. ratio ein rechtliches Princip ſei, — dies Alles ſcheinen mir noch ungelöste Fragen. Aber wäre auch das Princip wahr und nur die Durchführung ſchwierig, ſo ſehe ich doch nicht, wie der formale Urſprung der Exceptio — und ſubſtituirt Savigny doch nicht ſogleich das materielle Moment der nat. ratio oder aequitas? — von ſolchem Einfluß ſein kann. So wenig durch die actio ein Recht entſteht, ſo wenig kann durch exceptio ein ſolches entſtehen oder aufhören. Die exceptio iſt nicht Entſtehungsgrund, nicht Tilgungsgrund eines Rechtes, weder des Eigenthums, noch der Obligatio, auch nicht der nat. obligatio: das Gegentheil muß ſtreng genommen Savigny, Pfordten behaupten. Ich finde hierin den Haupteinwand gegen jenes Princip. Daß endlich hierzu die exc. sc. Velleiani nicht paßt, da ſie doch auch wie die exc. sc. Macedoniani dem ius gentium fremd iſt, bemerkt Savigny[5]) ſelbſt und erklärt dies in folgender Weiſe: „Ohne Zweifel hielt man den Schutz der Frauen nicht für ausreichend, wenn nicht auch alle mit der nat. obl. verbundenen indirecten Wirkungen ausgeſchloſſen würden. So erſchuf man für dieſen einzigen Fall gleichſam eine künſtliche naturalis aequitas; und ſo ſonderbar dieſes auf den erſten Blick erſcheint, ſo iſt es doch

---

[4]) S. z. B. Obligationenrecht I. S. 115. — So rechtfertigt Savigny ebenda S. 65 die nat. obl. pupilli aus der nat. ratio, und eben deßhalb leugnet es Puchta, Pandekten § 237. h.; ebenſo deducirt Savigny S. 97. die nat. obl. in Folge der Klagverjährung daraus, daß Letztere nicht in der nat. ratio ſich begründe, und eben das wieder beſtreitet Pfordten a. a. O. p. 27—30, welcher doch das Princip Savigny's im Ganzen für richtig hält. — Dieſer Streit beweist nun freilich nicht gegen die Wahrheit des Princips, aber doch gegen den ſichern Ausgangspunkt.

[5]) Obligationenrecht I. S. 78. 119 u. Syſtem V. S. 379.

im Wesentlichen Dasselbe, wie wenn überhaupt Gesetze von zwingender Natur die Anwendung des ius gentium in einzelnen Fällen verhindern." Aber auch der Satz, daß nach dem sct. Maced. die nat. obl. noch bleibe, erscheint nun als „eigenthümliche Bestimmung." „Es scheint also, daß man glaubte, bei dem positiven Verbot gegen dieses Darlehen weniger streng eingreifen zu müssen." Darnach sieht doch Savigny nicht bloß beim sct. Vell. sich vom Princip verlassen, sondern er giebt es auch gegenüber dem sct. Maced. auf. Er sagt doch, was schon Donellus schrieb: die nat. obl. in diesem Falle ist Folge des ius singulare, gerade so wie das Gegentheil beim sct. Vell. auch Folge des ius singulare ist.[6]) Aber das ius singulare lautet nur: ne actio petitioque detur; die Entscheidung über die nat. obl. ist Sache juristischer Interpretation. Und wenn ich überhaupt das Princip Savigny's nicht anerkenne, so kann ich eben so wenig billigen, wie er die verschiedenen Wirkungen beider Senatusconsulte rechtfertigt: eine Erklärung kann ich nicht darin finden. Darnach steht unsere Literatur nach dieser Seite hin noch immer auf dem Standpunkte des Donellus. Meine Ansicht ist aber, daß die Antwort auf unsere Frage weder unter den Einfluß des ius singulare gestellt, noch überhaupt von dem formalen Charakter der Exceptionen bedingt werden kann. Nur darin stimme ich mit

---

[6]) Christiansen a. a. O. meint doch dasselbe, wenn er behauptet, daß die Frage, wann „die neben einer exc. vorhandene nat. obl. für unwirksam erklärt werde," nicht nach einer „höheren iuris ratio, sondern nur nach einer im concreten Falle enthaltenen utilitatis ratio" sich entscheiden lasse. „Der practische Zweck", „der politische Grund" der exc. bestimmt. Nun soll das sct. Maced. „von der Eingehung des Geschäfts" abhalten; dieser Zweck schließe also die nat. obl. nicht aus; anders beim sct. Vell. Das halte ich für gefährliche Subtilität. — Holtius a. a. O S. 26 nimmt auch nach dem sct. Vell. die nat. obl. an und erklärt nun das solutum repetere hier, und das solutum non repetere beim sct. Maced. aus dem „Unterschied des politischen Zweckes, daß es nicht auch so war!" Die Erklärung der nat. obl. aus dem Charakter der Exceptio verwirft er S. 18.

Büchel, Savigny überein, daß eine principielle Entſcheidung der Frage geſucht werden müſſe.[7])

Wie ſehr bei Erörterung der ebenberührten Frage der Zweck, der ſog. politiſche Grund des Senatusconſultes mit eingewirkt hat, iſt nicht zu verkennen. So fügt auch Savigny[8]) zur Rechtfertigung der nat. obl. hinzu: „Für die Verhütung der wirklich gefährlichen, vielleicht ſtrafbaren Fälle konnte ſchon die bloße Verſagung der Klage ausreichend ſcheinen, da ſich der Wucherer ſchwerlich auf ein Geſchäft einlaſſen wird, das nur in den Wirkungen der nat. obl. einen höchſt zufälligen und unſichern Schutz finden könnte.“ Beſonders aber finden wir in der älteren und neueren Literatur jenen Grund reichlich benutzt, um die Geltung des Senatusconſultes, die Statthaftigkeit der exceptio bald zu bejahen, bald zu verneinen. Der criminal-polizeiliche Geſichtspunkt wurde ſoweit verſtanden, daß wer einem Hauskinde Geld darleiht, mehr oder minder als ein Delinquent erſcheine.[9]) Darnach wurden nun unbedenklich jene Fragen entſchieden. So erklärt Donellus[10]) die Ungültigkeit des Senatusconſults, wenn der Gläubiger aus gutem Grunde das Hauskind für einen Hausvater hielt, in folgender Weiſe: „animadvertere enim licet senatusconsulto denegari actionem in creditores non simpliciter, sed hac de causa quod mutuum dando filiisfamilias materiam praeberent malis moribus. Proinde hac de causa quid deliquissent. Unde denegatae

---

[7]) Neuerdings bezweifelt das wieder Sintenis, Civilrecht II. S. 11 Note 15: „es ſei zu unterſuchen die Wirkſamkeit der einzelnen Exceptionen.“ Der Nachweis wird aber nicht einmal beiſpielsweiſe geführt.

[8]) Obligationenrecht I. S. 78.

[9]) S. auch Glück a. a. O. S. 315. 16: „der Staat ſelbſt iſt dabei intereſſirt“. Sintenis Civilr. II. S. 509. Note 40: „es handelt ſich bei der exc. sc. Maced. um die Berückſichtigung eines die Klagbarkeit betreffenden Umſtandes, dem weniger eine privatrechtliche Tendenz innewohnt, als eine ſolche, woran der Staat ein Intereſſe nimmt.“

[10]) XII. c. 26. § 3.

actionis poena. Nulla autem poena sine delicto. Atqui nullum delictum est in eo qui iusto errore falsus putavit rel.“ Aehnlich beantwortet Donellus[11]) die Frage, ob das Hauskind auf die exc. verzichten könne: „at non puniretur creditor, si liceret filiofamilias omissa per dissimulationem exceptione sese necessitati solvendi ex sententia subiicere;“ Glück[12]) ſieht dagegen in dieſem Falle davon ab, während wieder Sintenis[13]) ſich auf den Zweck des Senatusconſults, „Schutz der Väter gegen Gefahr“, beruft, um die Berückſichtigung der exceptio ex officio iudicis zu erklären. Und den von Vielen gemachten Unterſchied, ob das Hauskind ſelbſt ſich betrüglich für einen Hausvater ausgab oder ob der Irrthum des Gläubigers auf anderen Gründen beruhe, verwirft v. Vangerow[14]) rückſichtlich der Zuſtändigkeit der exc. um deßwillen, „weil ja doch das ganze Geſetz nur eigentlich gegen betrügeriſche Kreditoren gerichtet iſt.“ In der Art und Weiſe, wie die römiſchen Juriſten das Senatusconſult interpretiren, iſt aber eine ſolche Bezugnahme auf den criminal-polizeilichen Geſichtspunkt gewiß nicht wahrzunehmen. Man möchte bei dem Gewicht welches dieſem Grunde von den Neueren beigelegt wird fragen, warum der Senat dann nicht beſſer das ganze Geſchäft für null erklärt habe, und warum nicht wenigſtens die römiſchen Juriſten dazu ſich verſtanden. Auch iſt es dann eine ſchwache Hülfe von Seiten des Senates, daß er ſich nur auf Darlehensſchuld beſchränkte; jener Geſichtspunkt hätte doch eine allgemeinere Faſſung erwarten laſſen. Daß dieſer Geſichtspunkt ein völlig zweideutiger iſt, leuchtet ein; nicht eine einzige Beſtimmung läßt ſich mit

11) XII. c. 25. § 12.

12) S. 347. 348.

13) Civilrecht II. S. 509. Note 40: es ſei allerdings auch poena creditorum beabſichtigt, bemerkt Sintenis noch, ohne daß man ſieht, ob dadurch eine Beſchränkung angedeutet werden ſoll.

14) Leitfaden I. S. 521. 2a. 6. Aufl.

Sicherheit daraus ableiten. Daher verlaſſe ich denſelben gänzlich, und verſuche für das Verbot wie für die Beſchränkung auf mutua pecunia einen anderen Grund zu ermitteln und mit deſſen Hülfe Geltung und Umfang des Senatusconſults zu beſtimmen. Es wird dann auch die Frage am Ort ſein, ob das Senatusconſult noch heute gemeinrechtlich gelte; eine Frage die freilich von Allen als eine müßige bezeichnet wird, weil der criminalpolizeiliche Geſichtspunkt als der alleinige gilt.[15]) Eine Vergleichung des Senatusconſultes mit dem prätoriſchen Edict quod cum eo qui in aliena potestate ſoll dazu beitragen, jene Frage über die heutige Geltung des Senatusconſultes wohl zu rechtfertigen; freilich wird auch das in jenem Edict gewährte beneficium competentiae unbedenklich als noch praktiſch vorgetragen, obwohl mir hiergegen noch mehr Gründe zu ſprechen ſcheinen.

Ein anderer Fehler in der bisherigen Darſtellung dieſer Lehre ſcheint mir, daß man von dem Senatusconſult jenes Edict zu getrennt gehalten hat. Die nähere Beziehung Beider hätte mehr Rückſicht verdient; unter Anderem iſt hierdurch veranlaßt, daß man das Senatusconſult, mit Ausnahme von Donellus, bei Gelegenheit des Darlehens erörterte, während nach meiner Anſicht daſſelbe entweder im allgemeinen Theile der Obligationen oder noch beſſer im Kapitel über die patria potestas zur Darſtellung kommen mußte.

Wie ſehr noch im Einzelnen das Senatusconſult einer genaueren Erörterung bedarf, zeigt die Darſtellung der Ausnahmen vom Senatusconſult in den heutigen Lehrbüchern. Daß dieſe Ausnahmen ohne alle Ordnung neben einander aufgeſtellt werden, hat ſeinen Grund überwiegend darin, daß man über dem äußeren Grunde gar nicht nach dem rechtlichen frug: gerade die Ausnahmen, welche die römiſchen Juriſten zulaſſen, hätten auf den

---

15) S. Sintenis Civilr. II. S. 508. Note 36 mit Berufung auf Glück a. a. O. S. 354.

rechtlichen Grund hinweisen müssen. Die Ausnahmen würden damit auf ein einfaches Gesetz zurückgeführt worden sein. Indem man dies übersah, ist unter Anderen die l. 7. § 14. D. ad sct. Maced. 14, 6. von Allen, wie ich glaube, bisher falsch verstanden und bezogen worden.

Meine Ansicht im Ganzen über die bisherige Behandlung des Senatusconsultes und der einzelnen Fragen ist, daß man allein von dem äußeren Grund desselben sich bestimmen ließ. Aber so wenig bei Beurtheilung eines Rechtsfalles das Motiv, die äußere Veranlassung von Entscheidung ist, so wenig, glaube ich, darf dasselbe bei Beurtheilung eines ius commune oder singulare von Einfluß werden. Das ius singulare ist zwar contra rationem iuris (communis), aber deßhalb hat es doch seine eigene ratio: und diese muß leiten. Gerade in der Gegenüberstellung dieser ratio mit der des ius commune möchte ich das Interesse jeder Behandlung eines ius singulare finden; die Aufgabe ist nachzuweisen, welche Stelle das ius singulare gegenüber dem ius commune habe, und wie weit jenes in dieses eingreife. Dies lehrt uns aber nur die ratio des ius singulare, der rechtliche Grund, nicht der äußere, nicht hier der politische Zweck oder wie man es nennen mag.

§ 3. Das prätorische Edict:

Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur.

Das Hauskind kann sich gegen Dritte unbeschränkt verpflichten, muß also auch unbeschränkt haften, gleichviel ob es zur Zeit der Klage in der Gewalt noch steht oder nicht. So lange freilich das Gewaltverhältniß dauert, ist rechtlich in der Person des Hauskindes ein Executionsobject nicht vorhanden; das Hauskind wird

wohl zum iudicatus,[1]) die actio iudicati jedoch muß verſchoben werden,[2]) bis das Hauskind zum Hausvater geworden iſt. Aber mit der eigenen Vermögensfähigkeit iſt noch nicht eigenes Vermögen vorhanden; das Hauskind hatte bis zur Zeit ſeiner Selbſtſtändigkeit gar nicht die Fähigkeit, ſich Vermögen zu erwerben. Es konnte alſo die Realexecution, die nun rechtlich ſtatthaft iſt, thatſächlich nicht ausgeführt werden. Dazu kann noch kommen, daß auch aus dem väterlichen Vermögen das Hauskind Nichts oder nur einen im umgekehrten Verhältniß zu ſeinen Schulden ſtehenden Theil erhielt: die Realexecution wäre dann wieder entweder unausführbar oder nur beſchränkt möglich. Dies, daß das Hauskind, eben ſelbſtſtändig geworden, unbeſchränkt haften ſoll, obwohl es aus eigener Kraft noch Nichts erwerben konnte oder vom Vater her Nichts oder nur verhältnißmäßig wenig erwarb, veranlaßte das prätoriſche Edict,[3]) wonach die rechtlich unbeſchränkte Haftung zu einer rechtlich beſchränkten wurde „in quantum facere potest.“ Für die Schulden, die bald nach eingetretener Selbſtſtändigkeit entſtanden, gilt das Edict nicht, obwohl vielleicht noch keine Zeit und Gelegenheit war Vermögen zu erwerben.[4]) Wir ſehen, es iſt eine Billigkeitsrückſicht, die das Edict hervorrief. Aber dieſe Billigkeit muß

---

[1]) Soweit iſt alſo doch wohl Perſonalexecution möglich (ductio — addictio); und daß unter Umſtänden Infamie ſchon jetzt eintrat, kann nicht bezweifelt werden.

[2]) l. 5. pr. D. quod cum eo qui in aliena pot. 14, 5. — Von dem Fall eines castrense peculium ſehe ich ab.

[3]) l. 2. pr. D. quod cum eo 14, 5. — In den Worten des Edicts iſt nur der Fall enthalten, daß das Hauskind vom Vater her Nichts hat. Der andre, daß daſſelbe bis zur Selbſtſtändigkeit und ſeit dem noch Nichts erwerben konnte, iſt nur eine Weiterführung des erſten l. 4. § 4. eod. —

[4]) Daher wenn ein Hauskind credendi causa verſpricht, das Darlehen ihm aber erſt als Hausvater gezahlt wird, ſo haftet es doch in solidum, l. 3. § 4 — l. 5. D. ad sct. Maced. 14, 6. Gleichwohl iſt unus contractus (verborum); aber die actio ex stipulatu würde entkräftet durch exc. doli, si non numerata est pecunia. Alſo hat ſie nur Statt um der ſpäteren Zahlung willen, daher die unbeſchränkte Haftung.

doch einen rechtlichen Grund haben, wenn sie nicht unbeschränkt und willkürlich werden soll. Dieser rechtliche Grund ist, daß contrahirt wurde zur Zeit, wo der Gläubiger weiß, daß der Schuldner vermögensunfähig ist, und daß diese Schuld gezahlt werden soll zur Zeit, da eben erst die Vermögensfähigkeit eingetreten und weder Vermögen vom Vater her überkommen ist noch Zeit war solches sonst zu erwerben. Hieraus erklärt sich, daß schon nach dem Wortlaut des Edicts es gleich ist, ob das Hauskind ehemals sich obligirte aus eignem Antriebe oder auf Geheiß des Vaters, ob das Geschäft dem Peculium oder sonst dem väterlichen Vermögen zu Gute gekommen,[5]) und was auch immer der Grund der contractlichen Verpflichtung ist. Ebenso, daß das Edict nicht gilt, wenn das Hauskind sich für einen Hausvater ausgab;[6]) nun kommt gar nicht in Betracht, ob es vom Vater her Etwas oder Nichts hat. Es kann gefragt werden, ob das Edict auch dann nicht gelte, wenn das Hauskind, ohne Simulation seinerseits, in der gemeinen Meinung als Hausvater geachtet wurde. Denken wir an ein Darlehen, so fällt dann die exc. scti Macedoniani weg: also Haftung ist gewiß. Ob aber beschränkt oder unbeschränkt, ist die Frage. Ich entscheide für beschränkte Haftung,[7]) weil, soweit das Senatusconsult nicht anwendbar ist, das Darlehn nicht verboten ist; dem Schuldner kann nun vom Gesichtspunkte des Edicts aus nicht vorgehalten werden, daß er nach der gemeinen Meinung für einen Hausvater angesehen worden sei, wenn er selbst diese Meinung durch eigene Simulation nicht benutzt hat. Denn

---

[5]) Die aequitas allein hätte nur dazu führen können, daß das Edict gelten solle, wenn iussu patris, ex peculiari causa oder in patrimonium patris contrahirt war und gleichwohl vom Vater her kein Vermögen gewonnen wurde.

[6]) l. 4. § 1. l. 6. D. eod. Nach letzterer Stelle kann es scheinen, als ob dies nur bei bon. fidei neg. gelte. Es gilt aber ebenso bei neg. stricti iuris, so beim Darlehen, l. 10.*D. de re iud. 42, 1.

[7]) Die Quellen schweigen darüber. Die Frage wird von Wichtigkeit mit Bezug auf das sc. Maced. S. unten S. 30. 31. —

wenn er auch publice als sui iuris erſchien, ſo hat er deßhalb noch nicht eigene Vermögensfähigkeit: nur dieſe oder die eigene Andichtung derſelben hebt den rechtlichen Grund des Edicts auf. Endlich kann in Folge jenes rechtlichen Grundes das Edict nicht gelten für den Erben[8]) des Hauskindes; dies wird gewöhnlich aus der Natur der Privilegien erklärt.[9]) Aber wie dem Erben des minor die in integrum restitutio zukommt, ſo könnte doch auch hier es gehalten werden; jene Erklärung ſcheint mir nicht auszureichen.[10])

In den kaiſerlichen Conſtitutionen iſt dies Alles unverändert wiederholt.[11])

§ 4. Das sc. Macedonianum.

Die entſcheidenden Worte des sc. Macedonianum lauten: „Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent qui pessimo exemplo foenerarent nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.“[1]) Weil ein Hauskind kein eigenes Vermögen hat, ſo kann ſein Gläubiger, mag er auch früher klagen, doch erſt mit der eingetretenen Vermögensfähigkeit (exspectata patris morte) auf Befriedigung von Seiten des Schuldners rechnen. Nun iſt ein „bonum nomen“ da, weil Deckung möglich iſt. Dieſe Ausſicht auf Befriedigung wurde durch das prätoriſche Edict

[8]) l. 4. § 3. D. eod.

[9]) Glück XIV. S. 290.

[10]) Der allgemein zutreffende Grund, warum dem Erben das ben. comp. nicht zuſteht, ſcheint mir darin zu liegen, daß der Erbe die Erbſchaft ausſchlagen kann.

[11]) l. 2. 4. 9 C. eod. 4, 26.

[1]) l. 1. pr. D. ad sct. Maced. 14, 6. — Dieſen Titel citire ich ferner nur h. t.

dem Gläubiger wenigstens geschmälert und wurde endlich für den Fall einer Darlehensschuld durch das Senatusconsult gänzlich genommen. In der Bestimmung „ne actio daretur“ liegt, daß es keinen Unterschied macht, ob der Schuldner vom Vater her Vermögen überkam oder nicht; die Worte „etiam post mortem“ lassen keinen Zweifel, daß gerade die Rücksicht auf väterliches Gut nicht entscheiden solle. Es liegt freilich auch darin, daß der Gläubiger bei Lebzeiten des Vaters keine Klage hat;[2]) aber das nenne ich, vom praktischen Gesichtspunkte aus, das minder Wichtige. Nach dem prätorischen Edict kann zwar bei Lebzeiten des Vaters geklagt, aber doch erst wenn das Hauskind selbstständig wird exequirt werden. Eine Klage, deren Urtheil jetzt nicht vollzogen werden könnte, ist praktisch so gut wie keine. Die allgemeine Regel aller Prohibitivgesetze,[3]) jeden Rechtsbegriff thatsächlich aufzufassen, führt nun dazu, daß der Senat in jenen Worten die Exe-

[2]) Insofern gibt Paulus, sent. rec. II. 10. § 1. das Senatusconsult ungenau wieder: Qui filiofamilias — pecuniam mutuam pecuniam crediderit, post mortem patris — cum eo agere non potest. Daß das „etiam“ fehlt, könnte eine schiefe Interpretation veranlassen. Aus dem was im Text folgt erklärt sich leicht, warum Paulus das „etiam“ nicht aufnahm. Die „interpretatio“ zu jenem §. hebt das mögliche Mißverständniß: nec vivente nec mortuo patre.“ — Genau referirt Suetonius, Vespas. c. 11. — — ne post patrum quidem mortem. —

[3]) Das ist aber ebenso die Regel für Erklärung von Verträgen und letztwilligen Bestimmungen: nicht die juristische Technik und Construction, sondern das thatsächliche Ziel entscheidet. Ein interessanter Beleg dafür ist in l. 25. pr. D. ad sc. Trebell. 36, 1: der Erbe soll dem Sohn des Testators oder si prius quid ei acciderit der Mutter desselben den Nachlaß restituiren. Wenn nun der Sohn post diem cedentem aber ante restitutum fideicomm. stirbt, kommt auf die Mutter oder die Erben des Sohnes das Fideicommiß? Nach der juristischen Technik auf die Erben des Sohnes; aber das thatsächliche Ziel ist die faktische Restitution, also: ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit: eoque iure utimur. — So ist in Betreff der Klage zu unterscheiden das agere posse und das exigi (exsequi), so nach dem Senatusconsult; vgl. l. 74. § 3. D. de evict. 21, 2. So interpretiren die röm. Juristen im Edict de dolo malo die Worte „si alia actio non erit“ dahin: si non inanis haec actio est z. B. propter inopiam adversarii. Das wäre nulla actio, l. 5. 6. D. de dolo 4, 3.

cution der Klage (bonum nomen) habe ausſchließen wollen. Nach dem ius commune war Realexecution gegen ein Hauskind überhaupt ausgeſchloſſen: darum ſtellte das prätoriſche Edict und das Senatusconſult ſeine Beſtimmung nur auf die Zeit der Selbſtſtändigkeit des Hauskindes. Iſt dieſe Beziehung des Senatusconſultes zum ius commune und zum prätoriſchen Edict richtig, ſo iſt die ſog. privilegirte Natur der exc. sc. Macedoniani ſchon hieraus gerechtfertigt, ebenſo wie die der exc. ben. competentiae des prätoriſchen Edicts. Ich komme darauf ſpäter wieder zurück.

Aus dem Bisherigen erhellt: ſoweit das Senatusconſult gilt, iſt das prätoriſche Edict ausgeſchloſſen. Dieſer Ausſchluß ſcheint nach dem Wortlaut des Senatusconſults unbeſchränkt. Die Klage zu jeder Zeit iſt verneint; die Rückſicht auf erhaltenes väterliches Vermögen ändert Nichts (ohne prätoriſche Cognition); auch ſcheint es gleich zu ſein, „sive sua voluntate sive iussu eius, in cuius potestate est, contraxerit; sive in peculium ipsius, sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit.“ Gerade in letzter Beziehung haben aber die römiſchen Juriſten die Geltung des Senatusconſultes nur mit Unterſchied zugelaſſen und damit den abſoluten Ausſchluß der Klage zu einer quaestio facti gemacht. Das prätoriſche Edict galt in jenen Fällen gleich; nur die thatſächliche Vorausſetzung iſt, daß der Schuldner väterliches Vermögen nicht oder verhältnißmäßig wenig erhielt. Warum ſetzen nun die Juriſten Unterſchiede, welche der Prätor nicht achtete und auch der Senat nicht andeutet? Man ſieht, der criminal-politiſche Geſichtspunkt des Senates („Haß gegen die Wucherer“, „gegen betrügeriſche Kreditoren“, „poena creditorum“ u. ſ. w.) kann den römiſchen Juriſten nicht viel gegolten haben. Die römiſchen Juriſten haben aus dem Senatusconſult nur geſchloſſen, daß der Senat die Darlehen an Hauskinder verhindern wollte;[4]) mehr können

[4]) l. 4 h. t. — — vulgo dicitur filiofamilias credi non licere.

auch wir nicht ſchließen. Daß der Senat ſich auf das Darlehen beſchränkte, erklärt Ulpian in l. 3. § 3. h. t. pragmatiſch: „nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est.“ Warum wurden nicht auch andre Schulden der Hauskinder dem Vater für gefährlich gehalten? Und warum ſoll dieſe Gefahr, die doch als nur rein äußerliche gedacht wird (vitae parentum insidiari), ſchwinden und das Senatusconſult nicht gelten, wenn das Hauskind iussu patris u. ſ. w. contrahirte? Meine Anſicht iſt, daß alle dieſe Fragen auf rein juriſtiſchem Wege entſchieden werden müſſen. Zu dieſem Zwecke muß die Beziehung des Senatusconſults zur rechtlichen Stellung der römiſchen Hauskinder neben ihren Vätern aufgeſucht und hiernach die Geltung des Senatusconſults beſtimmt werden. In dieſer Stellung der römiſchen Hauskinder liegt der rechtliche Grund des Senatusconſults; wo derſelbe nicht vorhanden, gilt das Senatusconſult nicht.

Jener rechtliche Grund hat zwei Seiten, einmal rückſichtlich der Hauskinder für ſich allein, zweitens rückſichtlich der Hauskinder in Bezug auf ihren Hausvater. Bei dem prätoriſchen Edict entſchied nur der rechtliche Grund nach ſeiner erſten Beziehung: die Haftung des Hausvaters aus den Obligationen ſeines Hauskindes blieb dabei ganz unberührt. Das Edict ſetzt auch nur den Fall, daß die Klage angeſtellt werde zur Zeit der Vermögensfähigkeit, wo alſo die Beziehungen zwiſchen Hausvater und Hauskind nicht mehr beſtehen. Das Edict iſt alſo allein im Intereſſe der ſelbſtſtändig gewordenen Hauskinder. Daß nun auch das Senatusconſult im Intereſſe der Hauskinder, wenn ſie ſelbſtſtändig ſind, gegeben wurde, beweiſen die Worte: „etiam post mortem parentis eius.“ Aber dazu tritt hier noch der rechtliche Grund nach ſeiner zweiten Beziehung. Indem der Senat aus dem Darlehen an ein Hauskind die Klage verſagt und inſofern das Darlehen verbietet, iſt die Folge, daß der Hausvater aus dem Darlehen eines Andern an ſein Hauskind nicht, wie bei allen ſonſtigen Vertragsſchulden der Hauskinder, de peculio hafte:

die Darlehensobligation des Hauskindes ist dem Peculium gegenüber gleichgestellt einer Delictsobligation des Hauskindes. Zur Haftung des Vaters de peculio genügt aber, daß die Schuld entstand ohne Wissen des Vaters, wenn nur die Schuld ex causa peculiari ist. Seit dem Senatusconsult hat die Darlehensobligation des Hauskindes aufgehört ex causa peculiari zu gelten, und ist zu einer solchen geworden, die ignorante (invito) patre nicht contrahirt werden kann.[5]) Insofern kann man sagen, daß das Senatusconsult im Interesse der Hausväter ist: diese sollen vor den rechtlichen Folgen des Darlehens ihrer Hauskinder geschützt sein. Die rechtliche Folge einer vom Hauskinde sua voluntate eingegangenen Geschäftsobligation ist aber für den Vater immer nur die Haftung desselben de peculio.

Diese beiden Beziehungen des rechtlichen Grundes des Senatusconsultes sind nun in den folgenden Paragraphen näher darzulegen.

§ 5. Der rechtliche Grund des Senatusconsultes rücksichtlich der Hauskinder allein.

Durch welche äußere Veranlassung auch das Senatusconsult entstanden sein mag, es muß dafür ein rechtlicher Grund sich aufweisen lassen; und dieser muß in der rechtlichen Stellung der Hauskinder liegen. Das Gefährliche des Darlehens erklärt Nichts, weil bei den Hausvätern das Darlehen jene Gefährlichkeit nicht ablegt. So sind wir auf die Stellung der Personen verwiesen. Aus der Persönlichkeit des Hauskindes folgt nun, daß dasselbe sich klagbar verpflichten kann. Daß das Hauskind aber vermögensunfähig ist, macht jede Obligation desselben, so lange es Hauskind bleibt, zu einer inanis. So müssen die Gläubiger desselben auf die Zeit seiner Vermögensfähigkeit aussehen. Der Gläubiger

[5]) l. 14 h. t. — — quum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non possit.

verdient nun dem gegenüber keine Rücksicht, daß er mit einer Person contrahirte, die zur Zeit vermögensunfähig ist und vielleicht nie vermögensfähig wird. Denn daß sie faktisch Nichts hat, kann überhaupt nicht kümmern. Aber wird nun das Hauskind selbstständig und vermögensfähig, so verdienen um seinetwillen seine Schulden aus der Zeit seiner Vermögensunfähigkeit eine billige Rücksicht. Dieser Gedanke des prätorischen Edicts liegt auch dem Senatusconsult zu Grunde: der Unterschied liegt nur darin, daß wegen der Art der Schuld der Senat auch die Klage und die Execution durchaus entzieht, mag das Hauskind dereinst (morte patris u. s. w.) zu Vermögen kommen oder nicht. In dem letzteren ist allerdings eine Schärfung des prätorischen Edicts wahrzunehmen; aber der rechtliche Grund bei Beiden bleibt doch immer, daß die Schuld entstand zur Zeit der Vermögensunfähigkeit. Nur so erklären sich die Ausnahmen, die wir in § 6. u. 7. besprechen; der bloße Gesichtspunkt der poena creditorum reicht dazu nicht aus.

Den rechtlichen Grund des Senatusconsultes in der Person der Hauskinder hat, soviel ich sehe, bis jetzt nur Puchta[1]) zu bestimmen gesucht in folgender Weise: „Man könnte sagen, ein filiusfamilias könne keine Darlehensobligation eingehen, da er nicht Eigenthum erwerben kann. Allein das Mutuum ist iuris gentium, und iure gentium sind die filiifamilias eigenthumsfähig. Indem man vielleicht bald von jenem Satz abging, machte man nachher das Senatusconsult nothwendig. So nahm man von dem Senatusconsult die bona castrensia aus, da sie auch von jener civilrechtlichen Unmöglichkeit ausgenommen waren." Also in der Eigenthumsunfähigkeit der Hauskinder liegt der rechtliche Grund des Senatusconsultes; Eigenthumsunfähigkeit ist aber hier nicht eine Species der Vermögensunfähigkeit, sondern nur die Unfähigkeit, die Darlehenssumme zu erwerben. Aber daß

[1]) Cursus der Institt. III. S. 92.

das Hauskind ſpäter iure gentium eigenthumsunfähig geworden ſei, läßt ſich nicht beweiſen; und wenn es auch iure proprio eigenthumsunfähig war, ſo erwarb es doch wohl die gezahlte Summe dem Vater und dieſer mußte alſo doch in jedem Falle mit der condictio sine causa haften. Endlich aber, wenn das Hauskind eigenthumsunfähig iſt, wie iſt ſeine Obligirung möglich, wozu dann noch erſt das Senatusconſult? Denn eine Darlehensobligation ſetzt ja voraus, nicht bloß daß der Darleiher Eigenthum geben, ſondern auch der Empfänger Eigenthum erwerben [2]) könne. Puchta überſieht nach meiner Anſicht bei jener Erklärung, daß bei der Darlehensobligation das Gewicht nicht fällt in den Eigenthumserwerb, ſondern in die Verpflichtung, die in's Eigenthum erworbene Darlehensſumme ſpäter in gleicher Art zurückzuzahlen.

§ 6. Fortſetzung. Ausnahmen vom Senatusconſult aus Gründen, die in der Perſon der Hauskinder liegen.

Daß die Darlehensobligation entſtand zur Zeit der Vermögensunfähigkeit, iſt die Vorausſetzung des Senatusconſultes. Dies ſagt das Wort „filiusfamilias“: qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset. Hauskindſchaft und Vermögensunfähigkeit

[2]) Zwar wird dem Vater erworben, was das Kind erwirbt. Aber erſt muß der Erwerbsakt und der Erwerb doch in der Perſon des Hauskindes vollzogen ſein. Das Hauskind iſt iure doch Eigenthümer geworden. Aehnlich, wenn das Hauskind zum Erben eingeſetzt, dem Vater aber aufgegeben iſt, die Erbſchaft ſeinem Sohne zu reſtituiren: das Hauskind, nicht der Vater, iſt iure Erbe; reſtituirt der Vater, ſo kann er alſo die Quart nicht abziehen: quia pater non ut heres rogari videtur. l. 11 D. de leg. I. vgl. l. 1 D. de his quae poenae causa 34, 6. Wie hier die Quart ausgeſchloſſen, weil der Sohn dem reſtituirt wird doch heres iſt, die Quart aber nur heredis causa eingeführt iſt, alſo nur vom Erben abgezogen werden kann: ſo iſt auch die Obligirung des Hauskindes aus Darlehen nur möglich, weil das Hauskind iure Eigenthümer wird, wenn gleich in Betreff der Ausübung nicht bleibt.

fällt juriſtiſch zuſammen. Von dieſem Satz kennen die römiſchen Juriſten nur eine Ausnahme, wenn das Hauskind Soldat iſt. In der Eigenſchaft eines Soldaten gilt auch das Hauskind als vermögensfähig; wie weit beſtimmt der Begriff des castrense peculium. So weit trifft alſo die Vorausſetzung des Senatusconſultes nicht zu und gilt die Darlehensobligation.[3]) Freilich kann der Hausſohn nicht weiter haften, als usque ad quantitatem castrensis peculii; denn nur ſoweit geht ſeine Vermögensfähigkeit und ſein Vermögen. — Es entſteht hierbei eine Frage, die von den römiſchen Juriſten nicht weiter berührt wird; nämlich: ſoll das Senatusconſult nur dann nicht gelten, wenn zur Zeit der Aufnahme des Darlehens das Hauskind ſchon caſtrenſiſches Gut hatte, oder ſchon dann nicht, wenn nur das Hauskind als Soldat contrahirte, gleichviel ob das Hauskind ſchon im Beſitz caſtrenſiſchen Gutes war. Im letzteren Falle würde genügen, daß wenigſtens zur Zeit des iudicatum caſtrenſiſches Gut vorhanden. Wie ſich die Neueren zu dieſer Frage verhalten, iſt nur bei Mühlenbruch und Arndts klar zu erſehen. Arndts[4]) fordert zur Zeit des Darlehens ein castrense peculium; Mühlenbruch[5]) ſogar, daß das Darlehen gerade für ein ſolches peculium aufgenommen ſei. Vangerow[6]) läßt unbeſtimmt: „wenn der Sohn ein castrense peculium hat"; doch theilt er wohl die Anſicht von Arndts und verwirft mit dieſem die Beſchränkung Mühlenbruch's, welche ſich auf keinen Fall begründen läßt. Puchta's[7]) allgemeine Faſſung „als Subject caſtrenſiſcher Güter iſt der Hausſohn paterfamilias" läßt auch

---

[3]) Donellus XII. c. 24. § 10. Neque id praeter verba, sed quodammodo ex verbis (scti), ne quisforte his verbis offendatur.

[4]) Lehrb. d. Pand. S. 439. 3a.

[5]) Lehrb. III. § 575.

[6]) Leitf. I. S. 520. — ebenſo Sintenis, Civilrecht II. S. 511.

[7]) Pandekten, § 306. Note t.

Zweifel, ob das Senatusconsult auch dann nicht gelte, wenn das Hauskind zur Zeit der Aufnahme des Darlehens zwar ein pec. castrense nicht hatte, aber ein solches doch zur Zeit der Klage besitzt. Gleich unbestimmt spricht sich Ulpian aus, der als Beleg für die Neueren dient. Ulpian sagt:

l. 1 § 3. l. 2 D. h. t. In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus sc. Macedonianum locum habeat; nam etsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatusconsulto locus est, nisi forte castrense peculium habeat; tunc enim senatusconsultum cessabit usque ad quantitatem castrensis peculii, quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur.

Ich bezweifle sehr, ob aus dieser Stelle geschlossen werden darf, daß ein castrense peculium schon zur Zeit der Aufnahme des Darlehens da sein müsse. Es ist doch nur die Voraussetzung, daß zur Zeit der Litiscontestation oder wenigstens zur Zeit des iudicatum ein castrense peculium vorhanden ist. Aber mit der Existenz eines castrense peculium ist deßhalb noch nicht jede Darlehensobligation des Hauskindes klagbar, wie es nach Puchta und Vangerow scheint. Das Darlehen muß entstanden sein zur Zeit, da das Hauskind Soldat war.[8]) Erst als Soldat hat das Hauskind, im Sinne des Rechts, ein Vermögen, wie jeder Hausvater: die Nichtexistenz factischer Objecte ist gleichgültig. Also das Darlehen an einen filiusfamilias miles ist ein Darlehen an einen paterfamilias und darum gültig, nicht deßhalb und nicht erst dann, weil und wenn damals schon faktisch castrensisches Gut vorhanden war. Das Dasein solchen Vermögens ist nur für den Vollzug der Execution von praktischer Bedeutung; im Princip muß man sagen, daß die actio iudicati gegen jeden filiusfamilias miles, der als ein solcher borgte, gerichtet werden kann; freilich ist die actio iudicati inan, wenn castrensisches

[8]) Initium contractus spectandum est.

Vermögen nicht vorhanden iſt. Ulpian ſetzt eben den Fall, daß der filiusfamilias miles zu caſtrenſiſchem Vermögen gekommen ſei; principiell entſcheidet er nicht.

In Verbindung mit jener Stelle Ulpian's bringe ich die Conſtitution Juſtinians in

l. 7. § 1 C. h. t. 4, 28. Sin autem miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato vel consensu vel voluntate vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumtae sunt. In pluribus enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus qui sui iuris sunt; et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecunias accipere et expendere, nisi in causis castrensibus.

Dieſe Stelle verſtehen die Meiſten[9]) von einer Singularität, die erſt durch Juſtinian eingeführt worden und ohne allen Bezug zu dem Ulpianiſchen Fragment ſtehe. Andre, wie Puchta, Mühlenbruch, Sintenis bringen die Conſtitution zwar mit der Stelle Ulpians in Beziehung, ſupponiren aber ein castrense peculium.[10]) Zu dieſer Suppoſition gibt aber Juſtinian keinen Anlaß, und iſt auch kein Grund, weil im Sinne des Rechts jeder filiusfamilias miles, wie jeder paterfamilias, ein Vermögen hat. Auch daß etwas Singuläres eingeführt werde, wird nirgend an-

---

[9]) So Donellus XII. c. 24. § 10, Glück a. a. O. S. 351, Arndts a. a. O., Wangerow a. a. O. S. 522. — Donellus behauptet, daß durch Juſtinian die Haftung usque ad quant. cast. pec. aufgehoben und unbeſchränkt geworden ſei.

[10]) Puchta bemerkt: „abgeſehen davon, daß der totale Mangel caſtrenſiſcher Güter bei einem Soldaten kaum vorkommen wird, wäre dieß ein privilegium odiosum militum.“ Puchta überſieht, daß die Geltung des filiusfamilias miles als paterfamilias nicht erſt beginnt, wenn caſtrenſiſches Gut da iſt. Das odiosum iſt bei jedem paterfamilias vorhanden, der zahlen ſoll und faktiſch Nichts hat.

gedeutet. Juſtinian ſagt nur: stare oportet contractum, und ſtellt damit in § 1 den miles gleich demjenigen Hausſohne, der mit Wiſſen und Willen ſeines Vaters Geld leiht (l. 7 pr. eod.). Ich finde in der Conſtitution nur das Princip, daß das Senatusconſult nicht gelte, ſobald ein Hauskind als Soldat geborgt hat, weil er als Soldat wie paterfamilias gilt. Damit verträgt ſich wohl, daß von reeller Haftung nur die Rede ſein kann, wenn und ſoweit ein castrense peculium vorhanden.[11]) Denn nur ſoweit geht ſeine Vermögensfähigkeit; das muß wiſſen, wer mit einem Solchen contrahirt. Das Reſultat iſt: ſoll der filiusfamilias miles haften ſoweit ſein castrense peculium reicht, ſo muß ihm das Darlehen gegeben ſein zu einer Zeit, wo er ſchon Soldat war. Es kommt aber nicht darauf an, daß zur Zeit des empfangenen Darlehens ſchon factiſch caſtrenſiſches Gut vorhanden war. Alſo die exc. sc. Maced. fällt weg oder iſt wirkungslos; das iudicatum kann freilich nicht ausgeführt werden, wenn caſtrenſiſches Vermögen nicht nachgewieſen werden kann. Weil nun durch den Tod des Vaters oder durch die Emancipation des Sohnes das caſtrenſiſche Vermögen von dem ſonſtigen Vermögen des Sohnes nicht weiter unterſchieden wird, ſo folgt, daß nun die Haftung unbeſchränkt iſt. Einen ausdrücklichen Beleg für das Letztere enthalten die Quellen nicht.

§ 7. Fortſetzung. Putative Vermögensfähigkeit.

Die Vorausſetzung des Senatusconſultes fehlt aber auch dann, wenn das Hauskind „publice“ für einen paterfamilias, für vermögensfähig gehalten wurde[1]) (putative Vermögensfähig-

[11]) Auch Accurſius ad l. 2 D. cit. ſcheint ſo zu verſtehen und verbindet l. 2 cit. mit 7. § 1 C. cit.

[1]) Donellus, c. 26. § 3. bemerkt richtig: sumtum ex senatusconsulti sententia, erklärt dies aber, anders wie beim filiusfamias miles, daraus, daß „nullum delictum est in eo qui iusto errore falsus putavit rel.“ S. oben S. 10.

keit). Die Frage über Vermögensfähigkeit ist, wie die über die Rechtsfähigkeit, publici iuris; der Einzelne kann sie sich und auch den Andern nicht geben und nicht nehmen. Also kann in unserm Fall der Gläubiger sich ebensowenig auf sein einseitiges Dafürhalten stützen, als auf die Simulation des Hauskindes. Nur die öffentliche Meinung darf hier leiten, z. B. etwa der öffentliche Credit, den Jemand hat. Die öffentliche Meinung schafft öffentlichen Credit und umgekehrt. Es gehört hierher, wenn Jemand im eigenen Namen Klagen anstellt, die er als Hauskind nur procuratoris nomine erheben könnte; oder wenn der Staat, eine Gemeinde mit Einem auf Geschäfte rei publicae sich einläßt z. B. Verpachtung der Zölle, oder ihn zu Aemtern ruft die zu Cautionsleistungen verpflichten, also öffentlich haftungspflichtig machen, zum Duovirat, zur Quästur. Nur so verstehe ich folgende Stelle Ulpian's:

l. 3 pr. § 1 D. h. t. Si quis patremfamilias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatusconsultum. § 1. Unde Iulianus in eo qui vectigalia conducta habebat scribit, et est saepe constitutum cessare senatusconsultum.

Also Anerkennung einer Person in iure (apud praetorem), die Stellung dem Staat, der Gemeinde gegenüber in publicis causis entscheidet und bewirkt, daß das Darlehen nicht contra sc. Macedonianum erscheine. Als Regel stellen dies die Kaiser Severus und Antoninus [2]) auf: „quum sui iuris esse publice videretur."

Diesen Aussprüchen der Quellen gegenüber scheint es mindestens ungenau, wenn in den Lehrbüchern vorgetragen wird, durch

[2]) l. 2 C. h. t. 4, 28.

den „entſchuldbaren Irrthum" des Gläubigers werde das Senatusconſult außer Wirkung geſetzt. Hierzu hat einerſeits die Anſicht verleitet, daß es auf poena creditorum abgeſehen ſei; dabei iſt aber zu bemerken, daß einem Geſetze von mehr polizeilicher Natur eine derartige Rückſicht auf Wiſſen oder Nichtwiſſen kaum entſpricht. Auch wird doch zugegeben werden müſſen, daß das Senatusconſult im Intereſſe der Hauskinder iſt: welche Rückſicht ſoll nun beſtimmen? Andrerſeits iſt aber wohl jene Faſſung der Lehrbücher vorzugsweiſe veranlaßt durch

l. 1 C. h. t. 4, 28. Si filius quum in potestate patris esset mutuam a te pecuniam accepit, quum se patremfamilias diceret eiusque affirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.

Die iusta ratio ſcheint nicht der bloß „entſchuldbare Irrthum", der „nicht leichtſinnige oder nicht übereilte Glaube"; das negative Moment „von vana simplicitas" genügt nicht, ſondern nur das „publice patremfamilias videri", und dies auch macht die iusta ratio.[3]) Alſo das Nicht-Wiſſen-können — die facti ignorantia — entſchuldigt nicht. Wer paterfamilias ſei, beſtimmt ſich iure, nach allgemeiner Regel; wenn nun ausnahmsweiſe der filiusfamilias als paterfamilias gelten ſoll, ſo muß dies entweder durch eine ſinguläre Rechtsbeſtimmung, wie beim castrense peculium, oder durch Gründe gerechtfertigt ſein, die einer Rechtsregel an Gewicht ſich vergleichen laſſen. Ein ſolcher Grund iſt die Geltung einer Perſon in iure und in publicis causis. Andre Gründe kennt das römiſche Recht nicht.

[3]) M. a. W. Die bloße facti ignorantia reicht nicht aus; und ich kann daher Donellus XII. c. 26. § 7 nicht beiſtimmen, wenn er ſchreibt: „Ex quo genere si unum aliquem iustum modum dixerit filius, puta emancipationem aut damnationem patris; hic demum creditor affirmanti filio iusta ratione credidit, si an ita se haberet necne, ignoravit. Haec enim facti ignorantia est, quam ut iustam constat nulli nocere." Das muß auch die Anſicht der Neueren ſein, ſo auch z. B. Savigny, Syſtem III. Beil. VIII. S. 366. 67.

Wenn nun ein Hauskind, ohne publice als paterfamilias zu gelten, ſich als einen ſolchen ausgab und dadurch ein Darlehen verſchaffte, ſo muß doch das Senatusconſult gelten.[4]) Alſo das Hauskind hat die exceptio und haftet nicht. Damit ſteht folgende Stelle des Marcellus im Widerſpruch:

l. 10 D. de re iudic. 42, 1. Qui quum se pro patrefamilias fingeret mutuam pecuniam accepit, et exheres a patre vel emancipatus sit, quamvis facere non possit debet condemnari[5]) (lib. II. Dig.).

Darnach haftet alſo das Hauskind, auch wenn es väterliches Vermögen nicht erworben hat. Darf deßhalb aber geſagt werden, daß auch die exceptio scti Macedoniani nicht zuſtehe? Dann wäre die hier vorgetragene Anſicht ebenſo unrichtig, als die des Donellus und der Lehrbücher. Ich erkläre ſo: die exceptio hat Statt, aber der Gläubiger hat eine replica doli.[6]) Durch dieſe replica wird die exc. scti Macedoniani entkräftet; aber eben um des dolus willen iſt nun auch der Schuldner des Vortheils aus dem Edict quod cum eo qui in aliena potestate est verluſtig und muß nun haften quamvis facere non posit. Ulpian ſagt von dem Senatusconſult: „exonerare filiumfamilias lex noluit.“ Obwohl nun der Schuldner, auch wenn er ſich als

---

[4]) Mit dem Geſichtspunkt des Donellus ſcheint mir dies ganz unvereinbar. Es müßte doch wohl gelten: volenti non fit iniuria.

[5]) Dieſe Stelle wird von Allen überſehen. — Daß bei „fingere“ an das bloße simulare des Hauskindes zu denken iſt, beweist der Zuſammenhang, in welchem Ulpian dieſe Stelle des Marcellus benutzt: l. 4. § 1 D. quod cum eo. 14, 5 — — ut puta si patremfamilias se mentitus est — — nam libro secundo Digestorum Marcellus scripsit etiamsi facere non possit rel., vgl. l. 6 eod.

[6]) Savigny, Obligationenrecht I. S. 119. ſchreibt zwar: „So wird die exc. sc. Macedoniani rei iudicatae nicht durch Replication entkräftet, weil dieſelben auf poſitiven Rechtsvorſchriften beruhen, deren Abſicht gerade dahin geht, daß die Klage in der That durch die Exception entkräftet werden und bleiben ſoll.“ Einen Grund für dieſe Anſicht habe ich nicht finden können. Rückſichtlich der exc. rei iud. ſ. l. 25 D. de dolo 4, 3.

Hausvater ausgab, die exc. scti Macedoniani hat, ſo müßte derſelbe doch haften mit der actio de dolo aus ſeinem Delict; und eben dies giebt dem Gläubiger die replica doli. Alſo iure senatus consulti haftet das Hauskind nicht ex mutua pecunia data, aber es haftet ex dolo suo, quia dolo fecit, und darum unbeſchränkt.[7]) Wenn freilich der Gläubiger wiſſen konnte, daß der Schuldner noch Hauskind ſei, iſt die replica doli nicht möglich und die Haftung deſſelben bleibt iure senatus consulti ausgeſchloſſen. Das iſt der Sinn von

l. 19 D. h. t. Iulianus scribit exceptionem senatus consulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filiumfamilias esse eum cui credebat. Der Beweis, daß der Gläubiger es wiſſen konnte, liegt dem Hauskinde ob, si dolo fecit.[8])

Hiernach ſcheint das praktiſche Reſultat daſſelbe, das Hauskind mag „publice“ als paterfamilias gelten oder dolose ſich als ſolchen ausgeben. Allein es zeigen ſich doch noch Unterſchiede. Im erſteren Falle kann das Hauskind, wenn es zur Zeit ſeiner wirklichen Vermögensfähigkeit belangt, aber das väterliche Vermögen nicht erworben hat, nur haften in quantum facere potest,[9]) im zweiten Falle muß es haften quamvis facere

---

[7]) Der Erbe des Hauskindes würde alſo in dieſem Falle haften, quatenus ad eum pervenerit l. 26—29 D. de dolo 4, 3. — Daß dies der Zuſammenhang iſt, beweiſt l. 4. § 1. l. 6 D. quod cum eo qui in aliena pot. 14, 5, vgl. l. 43. § 3 D. de furt. 47, 2. Die Haftung des Beklagten, obwohl derſelbe ipso iure oder ope exceptionis liberirt war, wurde durch Celsus und Marcellus bejaht: „si dolo fecerit; tunc enim ex dolo eum teneri.“ Durch Geſtattung der replica doli umging man die infamirende actio de dolo. Vgl. l. 13. § 13 D. de her. pet. 5, 3. S. jedoch l. 39 D. de dolo malo.

[8]) arg. l. 45 D. de her. pet. 5, 3 — nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus.

[9]) Der Erbe alſo in solidum.

non possit. Dieſe Verſchiedenheit erhellt deutlich aus l. 10 D. de re iud. cit.[10]) Wenn das Senatusconſult nicht gilt, kommt das Edict zur Anwendung; im Fall des dolus ſind beide ausgeſchloſſen, das Edict ipso iure, das Senatusconſult replica doli. Sodann im erſten Fall[11]) hat der Gläubiger die Thatſachen zu beweiſen, aus denen hervorgeht daß der Schuldner publice als Hausvater zählte und daß er der öffentlichen Meinung folgen konnte; im zweiten Fall muß das Hauskind beweiſen, daß der Gläubiger das Gegentheil wiſſen konnte oder mußte.

Seit Donellus iſt es gebräuchlich, mit dem hier erörterten Punkt die Frage zu verbinden, wie im Fall einer Correalobligation zu entſcheiden ſei, wenn der eine Correalgläubiger den Schuldner für einen Hausvater gehalten habe, der andere nicht, oder wenn der eine Correalſchuldner für einen Hausvater geachtet worden ſei, der andere nicht. Aber dieſe Frage bezieht ſich nicht allein auf die Correalobligation[12]) und kann erſt ſpäter genauer behandelt werden.

§ 8. Der rechtliche Grund des Senatusconſultes rückſichtlich der Hauskinder in Bezug auf ihren Hausvater.

Das Senatusconſult iſt aber auch mit Rückſicht auf die Hausväter erlaſſen; hierin liegt ein weſentlicher Unterſchied des Senatusconſultes vom Edict quod cum eo qui in aliena potestate est (§ 3). Der Wortlaut des Senatusconſultes muß darauf führen. Die Worte „qui filiofamilias mutuam pecuniam

---

[10]) S. oben § 3. S. 15.

[11]) Nur auf dieſen Fall iſt Glück XIV. S. 351 unter 2. zu beziehen. Die Beweisfrage für den zweiten Fall entſcheidet Glück nicht, ebenſowenig Walch, introductio in controv. civ. sect. I. c. II. membr. II. § 17.

[12]) l. 7. § 7. D. h t.

dedisset“ ſind zu interpretiren: Wer einem Hauskinde Geld dargeliehen hat, ſo daß die dargeliehene Summe nur dem Hauskinde zum Vortheil kommt. Das Hauskind wird nicht bloß formell, ſondern auch materiell als der allein Verpflichtete vorausgeſetzt. Mit Rückſicht auf den Hausvater heißt dies, die Schuld aus dem Darlehen des Hauskindes trifft nicht, wie ſonſt, das Peculium. Denn wo nur der Hausvater materiell, das Hauskind formell verpflichtet erſcheint, da iſt iure communi der Hausvater peculio tenus wenigſtens haftbar. Davon beſtand aus alter Zeit eine Ausnahme, wenn das Hauskind aus einem Delict obligirt war;[1]) der Senat ſtellte daneben die Darlehensobligation. Der Schutz der Väter durch den Senatsbeſchluß ging alſo nur darauf, daß dieſelben vor den unmittelbaren und nothwendigen Folgen der Obligation ihrer Kinder, vor der actio de peculio, geſchützt würden. Dieſe Rückſicht auf den Vater iſt aber zugleich eine Rückſicht auf das Hauskind; ſonſt wäre die Beſtimmung des Senates auch rechtlich eine illuſoriſche geweſen. Hätte der Vater de peculio gehaftet, ſo wäre dies dem Hauskinde doch wieder auf Rechnung gekommen; nur ein „versuram facere“ wäre es geweſen: die Schuld gegen den Dritten wäre Schuld gegen den Vater geworden, welche der Vater durch deductio gegen andre Peculiargläubiger geltend machen und welche auch bei der actio familiae erciscundae wieder gegen das Hauskind zur Sprache kommen würde.

Wenn nun zwar formell das Hauskind die Darlehensobligation contrahirt, aber materiell das Darlehen einem Andern zu Gute kommt, ſo iſt alſo die ratio des Senatusconſultes nicht

---

[1]) Entweder ging dabei ein Vermögenswerth gar nicht über oder, wo dies der Fall war wurde er nicht zum Peculium gerechnet: dazu war noch nöthig „scientia patris“, worin wohl eine Ratihabition gefunden wurde und weßhalb nun auch der Vater formell verpflichtet galt, l. 24. 44. § 1 D. de acq. vel. am. poss. 41, 2.

vorhanden.[2]) So z. B. wenn das Hauskind contrahirt, sei es als institor seines Vaters, sei es als institor eines Dritten. In solchen Fällen ist das praktische Resultat, daß das Hauskind, wenn es in Folge jener Obligation zahlt mit oder ohne Klage, an dem Andern sich erholen kann. Denken wir noch hinzu, daß der Gläubiger wußte, es werde alieno nomine contrahirt: so würde dem Gläubiger durch Cession der Regreßklage oder durch die institoria (exercitoria) actio Genüge geschehen. Auf jeden Fall ist nun gewiß, daß der Andre (Principal) aus dem Darlehen des Hauskindes haftet, wenn nur der gedachte Zusammenhang in Wahrheit vorhanden ist. Aber daß das Hauskind hafte, ist daraus noch nicht erklärt; es war ja doch an das Hauskind gezahlt, um dieses zu verpflichten. In der That unterscheiden auch die römischen Juristen, ob das Hauskind contrahirte patris nomine oder extranei nomine. Würde im letzteren Falle der Vater de peculio haften, so käme diese Schuld wieder, wie vorhin angegeben, dem Hauskinde auf Rechnung. Eben dies soll durch das Senatusconsult ausgeschlossen sein. So erkläre ich die Stelle Ulpians in

l. 7. § 11 D. h. t. Interdum tamen etsi senatusconsulto locus sit, tamen in alium datur actio, utputa filiusfamilias institor mutuam pecuniam accepit; scribit enim Iulianus libro XII. ipsum quidem institorem exceptione senatusconsulti usurum si conveniatur, sed institoriam actionem adversus eum qui praeposuit competere.

Also das Hauskind z. B. als institor extranei haftet zwar ipso iure, aber es hat die exc. scti Macedoniani, ebenso sein Vater. Ganz anders, wenn das Hauskind patris nomine contrahirte. Der Vater ist in Folge seiner Procura, iussus, speciellen Wissens obligirt, wie der extraneus dominus, aber auch das

[2]) Auch hier wieder gilt die Regel aller Prohibitivgesetze, den Rechtsbegriff thatsächlich, materiell, nicht formell aufzufassen.

Hauskind iſt obligirt, ohne die exceptio gebrauchen zu können. Nur das Letztere bedarf einer Erklärung. Iſt das Hauskind iussu patris oder in den damit verwandten Fällen obligirt, ſo wird daraus der Vater dem Kinde obligirt in der Art, daß um den Betrag der geliehenen Summe das Peculium wächſt, von den Gläubigern de peculio dieſes „incrementum“ alſo beanſprucht und vom Hauskinde z. B. bei der actio familiae erciscundae in Abzug gebracht werden kann.[3]) Es gilt hier mithin das gerade Gegentheil von dem Falle, wenn das Hauskind extranei nomine contrahirte. So glaube ich auch hieraus dargethan zu haben, daß nicht der polizeiliche Geſichtspunkt über die Anwendung des Senatusconſultes entſcheidet, ſondern ein rein rechtlicher. Die Gefährlichkeit des Darlehens für Hauskinder iſt nicht geringer, mag nun das Hauskind sua voluntate, patris oder extranei nomine contrahirt haben; und für deren Väter wird ſie deshalb nicht ſchwächer, wenn auch patris nomine contrahirt wurde.[4])

So führte die Interpretation des Senatusconſultes zu der Regel: daß daſſelbe für alle Darlehne des Hauskindes Platz greife, ſie mögen nun ex causa peculii (profecticii) ſein oder nicht. Die Rückſicht auf das Peculium ändert Nichts, da gerade die Haftung de peculio ausgeſchloſſen ſein ſoll.[5]) Die actio

[3]) l. 20. § 1 D. fam. ercisc. 10, 2. Si filiusfamilias iussu patris obligatus sit, debebit hoc debitum praecipere; sed et si in rem patris vertit, idem placet; et si de peculio, peculium praecipiet. Das Letzte ſetzt eine Schuld voraus, die mit der actio de peculio verfolgt werden kann. — Vgl. noch l. 12 D. de instit. act. 14, 3. — pretiumque quo emisti, in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esses.

[4]) Donellus, XII. c. 27. § 1, freilich erklärt: „Atqui obest omnis hic metus, si quid eorum erit quae supra diximus. — Consentiens pater satis declarat non metuere se in eo filii insidias.“

[5]) In dieſen Zuſammenhang ſtelle ich l. 7. § 4 D. h. t. Si filius in alterius erat potestate quum mutua daretur, nunc in alterius, mens senatus consulti non cessat; dabitur itaque exceptio. Für den zweiten paterfamilias iſt überhaupt nur Haftung de peculio aus den früheren Con-

de peculio hat nun Statt, obwohl der Vater Nichts von dem Contract ſeines Kindes wußte. So ergab ſich weiter als Regel, daß „invito patre suo“ das Hauskind ein Darlehen nicht aufnehmen könne, und daß alſo der Vater wieder in re communi haften müſſe, wenn sciente, iubente patre contrahirt wurde oder wenn in rem patris die Aufnahme des Darlehens geſchah. Daß dann auch das Hauskind hafte, erklärt ſich daraus, weil in dieſen Fällen das Hauskind gegen den Vater berechtigt wird und ſein Peculium um ſo viel wächſt, m. a. W. weil in dieſen Fällen das Hauskind nur formell, nicht materiell verpflichtet iſt. Wo nun der Gläubiger wußte, daß der, dem er darlieh, noch Hauskind iſt, zugleich aber auch wußte, daß ignorante patre und doch auch nicht in rem patris contrahirt wurde, da liegt ein Darlehen „contra senatusconsultum“ vor. Deutlich erhellt dies aus

l. 14 D. h. t. Filium habeo et ex eo nepotem, nepoti meo creditum est iussu patris eius; quaesitum est, an contra senatusconsultum fieret? Dixi, etiamsi verbis senatusconsulti filii continerentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere; iussum autem huius patris non efficere, quominus contra senatusconsultum creditum existimaretur, quum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non posset.

Wo nicht contra senatusconsultum contrahirt wurde, da haftet das Hauskind, obwohl es als ſolches contrahirte, und darum haftet es nur in quantum facere potest.[6]) Dieſe Fälle ſollen nun in den folgenden Paragraphen genauer beſprochen werden. Voraus ſtelle ich das in rem versum, weil hier ſich

tracten ſeines jetzigen Hauskindes möglich; und darum nur handelt es ſich hier. Der Gläubiger mußte erſt in integrum restitutio propter cap. dem. min. nachſuchen, wie Savigny, Syſtem II. S. 85 meint.

[6]) l. 7 D. quod cum eo qui in al. pot. 14, 5.

am ſchärfſten zeigt, daß das Darlehen materiell dem Vater, nicht ſeinem Hauskinde zu Statten kam. Daran reihe ich die Fälle, wo voluntate patris contrahirt wurde. Dann ſoll noch einmal die Frage über Haftung de peculio aufgenommen werden.

§ 9. Fortſetzung. In rem patris versum.

Ulpian in l. 7. § 12 D. h. t. ſchreibt: „Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat senatusconsultum; patri enim, non sibi accipit.“ Aus dieſer Erklärung geht beſtimmt hervor, wie die römiſchen Juriſten das Senatusconſult interpretirten. Es reicht nicht aus, daß die Darlehensobligation von dem Hauskind nur formell contrahirt ſei; das Darlehen mußte ihm auch thatſächlich allein gelten — si sibi accipit, non patri. Jener Grund Ulpian's ſagt freilich mehr als er ſoll; denn wenn das Hauskind als institor extranei contrahirte, hat daſſelbe die exc. scti. Dies kann wohl nur auf die im vorigen Paragraphen angegebene Weiſe genügend erklärt werden.[1])

Aus dem Begriff des in rem versum, wie aus der Interpretation des Senatusconſultes folgt nun, daß es gleich ſein muß, ob das Hauskind das Darlehen gleich mit dieſer Abſicht aufnahm oder erſt ſpäter das Darlehen ſo anlegte, ohne die Abſicht bei der Aufnahme gehabt zu haben. Denn die Haftung des Sohnes hat nur Statt wegen in rem patris versum, die Haftung des Vaters aber, obwohl ſie formell auf ſeinen Willen nicht zurückgeführt werden kann, nur aus dem thatſächlichen Grunde des versum. Alſo genügt dem Vater gegenüber das „vertere velle“ nicht, wenn auch das Hauskind dem Gläubiger ſo vorſpiegelte; d. h. die Abſicht bei der Aufnahme iſt gleichgültig und darum iſt auch

[1]) S. auch unten § 19. a. E.

die Zeit des in rem versum gleichgültig; die Thatsache, das versum entscheidet. Ulpian in der citirten Stelle fährt so fort: „Sed etsi ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare senatusconsultum libro XII Digestorum Iulianus ait, intelligendumque ab initio sic accepisse ut in rem verteret.“ In den Schlußworten scheint zwar zu liegen, daß auf die Absicht bei der Aufnahme etwas ankomme, daß also der Gläubiger diese Absicht jetzt kennen müsse. Aber jene Worte sind gleichwohl bedeutungslos, weil das vertere velle ohne versum den Gläubiger nicht zur Klage berechtigt.[2]) Dagegen haben dieselben vom Standpunkte des Senatusconsultes aus allerdings einen Werth. Da nämlich die Regel war, invito patre suo könne das Hauskind nicht borgen, so mußte streng genommen, wenn nicht in der Aufnahme des Darlehens schon ein versum lag und nicht gleich bei der Aufnahme die Absicht des vertere ausgesprochen wurde, die spätere Verwendung in rem patris vom Standpunkt des Senatusconsults aus als juristisch gleichgültig erachtet werden. Man konnte anführen, in contractibus initium spectandum esse. Aber die Darlehensobligation wurde ja in keinem Fall für null erklärt, nur für anfechtbar. Der Grund der Anfechtbarkeit fiel nun hier durch späteres vertere weg; und in diesem Zusammenhang schrieb Julian: intelligendumque ab initio sic accepisse ut in rem verteret.

Wann nun in rem versum vorhanden ist, diese Frage ist

---

[2]) Es entscheiden also ganz die Grundsätze des in rem versum, l. 3. § 9 D. de in rem verso 15, 3. — l. 3. § 1 D. eod. — Hoc enim iure utimur, ut etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit. l. 5. § 3. eod. Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. — Die Ansicht Julians ist also nichts Singuläres, wie es nach Glück XIV. S. 337, 4. und Arndts a. a. O. § 282, 2b. scheint: „wenn das Darlehen zum Vortheil des Vaters aufgenommen oder auch nur hinterher dazu verwendet worden ist.“ Dagegen schon Donellus, XII. c. 27. § 21.

an dieſer Stelle zwar nicht weiter zu erörtern. Aber um einer andern Frage willen muß doch noch Einiges näher beſprochen werden. Vorerſt iſt es wichtig zu unterſcheiden, daß bisweilen ſchon in der Aufnahme des Darlehens ein in rem patris versum liegt, bisweilen erſt in der Verwendung des Darlehens. Sodann iſt die Unterſcheidung von Bedeutung, daß das in rem vertere, „zum Nutzen, zum Vortheil, zum Beſten des Vaters", nicht bloß materiell, ſondern auch rein formell zu verſtehen iſt.[3] Zum Beiſpiel, wenn in Folge des aufgenommenen Darlehens der Vater gegen einen Anderen ein Forderungsrecht erwirbt, ſo iſt das in rem versum blos ein formales — nomen (obligatio) ei acquisitum est. Der Werth der Obligation iſt das versum, ſo wenn das Hauskind das geborgte Geld einem Andern darlieh,[4] wenn der Hausſohn zur Dotation ſeiner Schweſter ein Darlehen aufnimmt: „ipsi enim patri mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur."[5] Alſo iſt auch formell ein in rem versum nicht vorhanden, wenn das Hauskind einem Andern damit ein Geſchenk machte;[6] das Senatusconſult gilt in dieſem Fall.

Aus der reichen Caſuiſtik, wann in der Verwendung des Darlehens ein in rem versum liege oder nicht, hebe ich nur den einen Fall der Verwendung zur Deckung von Schulden heraus. Es iſt dabei zu unterſcheiden

---

[3]) l. 3. § 6 D. de in rem verso 15, 3. — neque enim spectamus, an bono domini cesserit, sed an in negotium domini. Aehnlich Leiſt, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. S. 62.

[4]) l. 3. § 5 D. de in rem verso 15, 3., der Vater hat die condictio mutui. Vgl. l. 3. § 1 eod. — „quatenus indebiti repetitionem haberet."

[5]) l. 17 D. h. t.

[6]) Daß das Hauskind Nichts ſchenken könne, kommt dabei nicht in Betracht. Denn ſeit dem Senatusconſult berührt die mutua pecunia data nicht mehr das Peculium, ſo wenig wie das durch Delict Erworbene, ſ. oben § 8. Anm. 1: alſo kann das Hauskind damit ſchenken.

a. das Hauskind bezahlt mit dem geborgten Geld eine Schuld an den Vater.

Um den Betrag dieſer Schuld war ipso iure das Peculium gemindert; alſo erhält der Vater nur faktiſch, was er iure ſchon hat, den Werth der Obligation. Das Senatusconſult gilt mithin; es müßte denn über den Betrag der Schuld geborgt und gezahlt worden ſein.[7]) Ulpian ſchreibt in Bezug auf dieſen Fall in l. 7. § 12. — Non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit; et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatusconsulto locus erit. Die Worte „si ignoravit" veranlaſſen Glück[8]) zu der Bemerkung: „Wußte der Vater, daß der Sohn das Geld geborgt hatte, womit er ihn bezahlte, ſo kann er ſich nicht mehr mit der Einrede des Senatusconſultes ſchützen." Aber auch dann gilt das Senatusconſult; gegen den Vater geht nur unter Umſtänden die replica doli oder die actio doli. Daß der Hausſohn Schuldner des Vaters war, hebt das in rem versum auf — quum ob debitum pater acceperit[9]): Wiſſen und Nichtwiſſen iſt für das in rem versum ganz gleichgültig. Es läßt ſich auch noch dafür anführen, daß der Vater eintreibt ohne Klage und alſo die Schuld nicht geprüft werden kann, woran die Gloſſe mit Bezug auf l. 7. § 14 D. h. t. erinnert. Müßte der Vater im Fall des Wiſſens ſchlechterdings haften, ſo würde dies wieder dem Peculium zur Laſt kommen mit den weiteren Wirkungen (§ 8); haftet er ex dolo suo, ſo fällt dieſe Anrechnung beim Peculium weg.

---

[7]) Vgl. l. 10. § 7—9 D. de in rem 15, 3. — hactenus non vertit, quatenus domino debet; quod excedit, vertit. (Ulp. l. XXIX. ad Ed.)

[8]) XIV. S. 338 Note 67.

[9]) l. 20 D. de dolo 4, 3. Es entſcheiden alſo auch hier ſchlechthin die Grundſätze des in rem versum.

b. Das Hauskind deckt mit dem geborgten Geld entweder eigene Schuld an Dritte oder väterliche Schuld an Dritte.

Wenn es eigene Schuld an Dritte damit bezahlt, ſo entſcheidet, daß die Schuld des Kindes an ſich den Vater nicht berührt: alſo in rem versum iſt nicht vorhanden. Eine ſolche Schuld würde peculio tenus geltend gemacht werden können; ſonach gilt die Zahlung nur dem Peculium.[10]) Auch wenn das Hauskind und ſein Vater Correalſchuldner ſind und das Hauskind mit geborgtem Geld zahlt, muß das Senatusconſult gelten; denn auch das iſt an ſich kein in rem patris versum.[11]) Das allgemeine Reſultat iſt: das Darlehen, das der Hausſohn aufnimmt, um ſeine eigenen vollgültigen Schulden zu decken, iſt nicht in rem patris versum; alſo gilt das Senatusconſult. Gleichwohl wird allgemein in dieſem Fall die Ungültigkeit des Senatusconſultes behauptet unter Bezug auf folgende Stelle Ulpians:

l. 7. § 14 D. h. t. Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret qui si peteret exceptione non summoveretur, senatus consulti cessabit exceptio.

Schon Bulgarus gloſſirt: „Hanc exceptionem cessare facit in necessariam causam acceptio“, verſteht alſo die Stelle von in rem versum; ebenſo Donellus;[12]) unter den Neueren

---

[10]) l. 11 D. de in rem 15, 3. — Anders, wenn gezahlt wird, um eine Schuld wegen in rem versum zu decken oder um eine ſolche Schuld zu begründen; hier iſt nun auch das Darlehen ein in rem versum, und die Frage wird nur, wer von den beiden Gläubigern de in rem verso klagen könne. l. 3. pr. § 10. l. 4. 18 eod.

[11]) Es kann aber quaestio facti werden, wie in voriger Note, l. 10. § 10 D. de in rem 15, 3. S. Leiſt, a. a. O. S. 85.

[12]) XII. c. 27. § 15. — Donellus erinnert an l. 2 C. h. t. 4, 28 „ea res, quae patris oneribus incumberet“ und interpretirt nun ſo: qui si peteret „nempe a patre eodemque debitore“ non summoveretur „ab eodem patre.“ Damit kommt er zu der gerade entgegengeſetzten Anſicht, die ich hier

bestimmt Glück[13]) und Puchta.[14]) Auch nach Vangerow[15]) läßt sich jene Stelle „im Grunde auf die Ausnahme wegen einer versio in rem patris zurückführen." Sintenis und Arndts weichen nur im Ausdruck davon ab;[16]) der Zusammenhang, in welchem sie diese Stelle citiren, läßt keinen Zweifel, daß sie darin ein Beispiel des in rem versum („ea res quae patris oneribus incumberet", „necessaria causa") finden. Aber die Stelle vom Fall eines in rem versum zu verstehen, muß ebenso sehr ihre allgemeine Fassung abhalten, als daß Ulpian schon in § 12 ohne Unterscheidung die Unstatthaftigkeit des Senatusconsultes behauptet und in § 13 durch ein Beispiel dies erläutert hat. Die Kaufschuld, die Correalschuld des Hauskindes sind solche, die nicht durch exceptio scti entkräftet werden; aber gleichwohl ist ein Darlehen des Hauskindes, solche Schuld zu decken, noch nicht ein in rem patris versum. Ulpian sagt nur: das Haus-

---

vertheidige: „Et certe si esset hic creditor ipsius filiifamilias, adversus quem nullam exceptionem haberet: non eo magis cessaret senatus consultum, quia filius de pecunia aliunde mutuo sumta ei solvisset et se liberasset." Aber gerade das sagt Ulpian.

13) XIV. S. 340b. vgl. 337, 4.

14) Pandekten, § 306 Note u. „Nicht gegen die actio de in rem verso, l. 7. §. 12 – 14 D. h. t. l. 2. 5 C. eod." Dann citirt aber doch Puchta, Note aa. l. 7. § 14. wieder als davon verschieden „zur Deckung eines unabweislichen Bedürfnisses."

15) Leitf. I. S. 522 d.

16) Arndts Lehrb. § 282, 2 c., wenn dasselbe geschah zur Bestreitung unabweislicher Bedürfnisse oder zur Bezahlung anderer nicht durch Einrede beschränkter Schulden l. 7. § 14. — l. 47. § 1 D. de solut. 46, 3." Die letzte Stelle citirt aber Arndts auch bei der Ausnahme wegen in rem versum unter b. — Sintenis, Civilrecht II. S. 511 b.: „Wenn das Darlehen zu dringenden Bedürfnissen des Schuldners, und wenn es zur Befriedigung vollgültiger Schulden (l. 7. § 14.) oder 7.) unmittelbar zum Besten des Vaters verwendet worden ist." Auch zu 7. citirt Sintenis wieder l. 7. § 14. wenigstens in Parenthese und l. 2 C. h. t. citirt er zu beiden Nummern.

kind müſſe haften, wenn es das Darlehen aufnahm, um ſeine und zwar ſolche Schulden zu tilgen, die nicht unter die Regel des Senatusconſultes fallen (qui si peteret exceptione — scilicet „senatus consulti Macedoniani“ — non summoveretur). Es gehört hierher jegliche Schuld des Hauskindes, nur nicht die durch exc. scti Maced. angreifbare Darlehensſchuld; alſo iſt z. B. zu denken an Schuld ex iudicato, an Delictsſchulden, an Stipulationsſchuld, wenn das Hauskind für ſeine Tochter oder Schweſter eine Dos „promittirt.“[17]) Eigene Schuld des Hauskindes wird vorausgeſetzt; dieſe eigene Schuld trifft in der Regel das Peculium, in einigen Fällen auch nicht, ſo die Delictsſchuld, die Darlehensſchuld. Mag nun dieſe eigene Schuld des Hauskindes das Peculium berühren oder nicht: die Haftung des Hauskindes ſteht feſt, wenn es borgte, um ſolche Schuld zu decken, nur dies ſagt Ulpian.[18]) Ob der Vater hafte, entſcheidet Ulpian nicht; jedenfalls kann er de peculio nur haften, wenn die durch das Darlehen gedeckte Schuld peculio tenus geltend gemacht werden konnte, alſo nicht, wenn mit dem Darlehen eine Delictsſchuld, eine frühere Darlehensſchuld bezahlt wurde. Die actio de in rem verso iſt in jedem Falle ausgeſchloſſen. Mit anderen Worten: die beiden Fälle, wenn das Hauskind mit geborgtem Geld ſeine Schuld an den Vater oder ſeine Schuld an Dritte zahlt, ſtehen in der juriſtiſchen Behandlung ſich gleich.

Wenn dagegen das Hauskind mit dem geborgten Gelde väterliche Schuld an Dritte zahlt, ſo iſt immer ein in rem versum

---

17) Dies iſt das Beiſpiel in l. 7. § 2 D. h. t. „Sed et si filiusfamilias patre suo relegato dotem pro filia promiserit, senatusconsultum cessabit.“ Es iſt nicht nöthig, mit der Gloſſe bei „filia“ zu verſtehen „patria“, alſo „pro sorore.“ Vgl. l. 7. § 5. — l. 9 D. de in rem 15, 3. und l. 5. § 10 D. de iure dot. 23, 3.

18) Der hier entſcheidende Geſichtspunkt findet ſich in folgender Anwendung wieder: l. 1. § 11 D. de exerc. act. 14, 1. Sed si ab alio mutuatus liberavit eum, qui in navis refectionem crediderat, puto etiam huic dandam actionem quasi in navem crediderit.

vorhanden; und das Senatusconsult gilt nicht, der Vater haftet, wie das Hauskind, selbst wenn ein indebitum gezahlt worden wäre.[19]) Diese väterliche Schuld ist nicht im weiteren Sinne zu nehmen als eine solche, die in der Person des Kindes formal sich begründete und durch das Edict dem Vater angehängt wird; also die bezahlte Schuld war an sich z. B. nicht in rem versum. Väterliche Schuld ist hier strict zu verstehen als solche, die allein in der Person des Vaters ihren Grund hat. Die Zahlung einer solchen Schuld befreit den Vater und das Hauskind schreibt sich den Werthbetrag am Peculium gut. Warum das Hauskind zahlte, ob sua sponte also z. B. als negotiorum gestor,[20]) oder in Folge accessorischer Verpflichtung z. B. als Fidejussor, als Constituent,[21]) ist gleich. Das müßte streng genommen im Fall der Litiscontestation oder novirender Stipulation des Hauskindes mit dem väterlichen Gläubiger anders gelten: hierdurch schon ist der Vater liberirt (in rem versum),[22]) das Hauskind aber in

---

[19]) l. 3. § 1 D. de in rem 15, 3. — „quatenus indebiti repetitionem haberet."

[20]) l. 14 D. de neg. gest. 3, 5. vgl. l. 39. 43 eod.

[21]) l. 10 pr. l. 15 D. de in rem 15, 3. vgl. l. 10. § 2 D. de fidejuss. 46, 1. — Wenn so das Hauskind zahlt, bezahlt es zwar iure seine Schuld (licet pro se videatur solvisse h. e. ob id quod constituit, quod fideiussit); hiernach müßte 7. § 14 D. h. t. cit. gelten und der Vater höchstens de peculio haften, also mit dem Recht der deductio. Aber diese Schuld besteht nur durch des Vaters Schuld; und weil ferner Constitutum, Fidejussio den Vater nicht liberirt, so tilgt das Hauskind, wenn es zahlt, materiell fremde Schuld. So haftet der Vater de in rem verso, also ohne das Recht der deductio. Der wahre Sinn der l. 7. § 14 D. h. t. cit. muß hierdurch sich unzweifelhaft herausstellen.

[22]) l. 10. § 1. 2 D. de in rem 15, 3. Der Vater würde schon „ante condemnationem" dem Gläubiger de in rem verso haften l. 10. § 3 eod. Die Voraussetzung ist nur, daß das Hauskind als defensor das iudicium übernimmt, nicht als procurator, denn sonst gilt a. quod iussu. Und ferner ist die Voraussetzung, daß das Hauskind nicht donandi animo novirte; denn sonst gilt nur actio de peculio.

eigener Perſon und allein obligirt. Wenn nun das Hauskind borgt und das iudicatum oder die Stipulationsſchuld tilgt, ſo bezahlt es eigene Schuld; ſonach müßte l. 7. § 14 D. cit. gelten und der Vater nur de peculio dem Darlehensgläubiger haften. Aber das Hauskind deckt doch durch Darlehen eine Schuld wegen in rem versum: alſo iſt der Darlehensgläubiger de in rem verso berechtigt.[23])

Die Erörterung dieſer Punkte ſchien mir nöthig, um die Frage erſchöpfend beantworten zu können, ob das Darlehen vom Hauskind entſprechend der Aufnahme auch verwendet worden ſei. Hierauf will ich in § 10 näher eingehen. Es ſoll vorerſt nur noch eine Ausnahme geprüft werden, die in den heutigen Lehrbüchern als etwas neben dem in rem versum Beſonderes hingeſtellt wird, als eine zweite Ausnahme. So ſcheidet Puchta den Fall, „wenn das Darlehen zur Deckung eines unabweislichen Bedürfniſſes gegeben und aufgenommen wurde" noch von dem Fall des in rem versum.[24]) Arndts a. a. O. ſcheidet „b. wenn das Darlehen zum Vortheil des Vaters aufgenommen worden iſt, ſei es auch zur Beſtreitung von dem Vater obliegenden Ausgaben für das Kind; c. wenn daſſelbe geſchah zur Beſtreitung unabweislicher Bedürfniſſe."[25]) Dafür wird angeführt

a. l. 7. § 13 D. h. t. — „qui studiorum causa absens mutuum acceperat" und l. 5 C. h. t. 4, 28. — „studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumtus quos patris pietas non recusaret." So Sintenis und Arndts.

b. l. 47. § 1 D. de solut. 46, 3. — Sic et in filiofamilias putabat Macedonianum cessare, si in necessa-

---

23) l. 18 D. in rem 15, 3. — qui id ipsum credidit quod in rem versum est. S. Note 10. S. 40.

24) a. a. O. Note u. vgl. mit Note aa.

25) Aehnlich Sintenis a. a. O. unter 6 u. 7.

rias causas filius mutuam pecuniam acceperit et eam perdiderit.“ So Alle. Sintenis erinnert noch an Nov. 115 c. 3. § 13. „pro captivorum redemtione“; Puchta citirt noch l. 7. § 14 D. h. t. cit.

Aber eine Vergleichung der angeführten Stellen mit dem Digeſtentitel de in rem verso zeigt, daß „necessaria causa“ eben das in rem versum ausmacht und nur ein anderer Ausdruck dafür iſt.[26]) Ein Beiſpiel dafür iſt, wenn das Hauskind mit dem Darlehen ſich ſchafft was es zu ſeinem Leben braucht oder deßhalb gemachte Schulden damit deckt, was es braucht ſeiner Stellung gemäß und entſprechend der Stellung und dem Plan ſeines Vaters: die necessaria causa iſt die Haushaltung, Erziehung und was dahin gehört.[27]) Weil nun durch Heirath die

---

[26]) Daneben kommt vor „quae ad utilitatem pertinet“ oder res necessaria vel utilis“ l. 5. pr. § 3 D. de in rem 15, 3. Ganz ſo wie für die negotia gesta gleich ſteht „in rem necessariam impendere“ und „utiliter in rem impendere.“ Das läßt ſich noch weiter durchführen.

[27]) l. 3. § 1. § 3 D. de in rem 15, 3. — ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem i. e. usque ad eum modum quem dominus ei praestare consueverat. Ganz ſo mit Rückſicht auf das sct. Maced. Ulpian in l. 7. § 13 D. h. t. „si probabilem modum in mutua non excessit, certe eam quantitatem quam pater solebat subministrare; und l. 5 C. h. t. 4, 28. cit. Ferner „ad funus“ l. 7. § 3. l. 19 D. de in rem. So ferner: sumtus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, l. 45 D. de neg. gest. 3, 5. vgl. l. 3. § 2 D. de in rem. Ebenſo nun auch sumtus studiorum vel legationis causa et c. Die Frage „studiorum causa“ findet ſich ſchon in der Gloſſe ausführlich erörtert, und ſo wieder bei Donellus, XII. c. 27. § 18—27. Ob das Erforderniß der absentia ſo ſtreng zu betonen iſt, wie von Donellus § 19. geſchieht, bezweifle ich; es iſt dies die Vorausſetzung der negotia gesta wie des in rem versum. Aber durch die absentia ſoll doch wohl nur unzweifelhaft hervorgehoben werden, daß ein Mandat nicht eingeholt werden konnte. Auch die Frage hat ſehr beſchäftigt: wenn der Sohn wider Willen des Vaters ſtudire, ob der Vater und der Sohn hafte? Accurſius bejaht: „cum sit laetitia patris scientia filii.“ Donellus § 22. 25. verneint „quia invitus pater nihil fuerit ad eam rem suppeditaturus.“ Ich entſcheide: das Senatusconſult gilt nicht, der Vater wie der Sohn haftet; der Vater konnte ihn emancipiren. Die bloße öffent-

Tochter, obwohl sie in potestate patris bleibt, in andre Haushaltung übergeht, so kann daher aus Darlehnen der Tochter im Interesse ihrer separirten Haushaltung ihr Vater de in rem verso nicht haften, wenn nicht der Vater die Bestreitung dieser Haushaltungskosten, gleichviel wie weit, übernommen hat.[25]) Es lassen sich also die Unterscheidungen von Sintenis, Arndts, Puchta nicht rechtfertigen; es kann nur gesagt werden, daß überall, wo in der Aufnahme oder in der Verwendung des Darlehens ein in rem versum liege, das Senatusconsult nicht anwendbar sei. So schreiben auch Donellus und Vangerow.

§ 10. Fortsetzung. In rem versum.

Soll der Vater aus dem Darlehen seines Hauskindes de in rem verso haften und deßhalb nun auch das Hauskind selber, so müssen darüber die Grundsätze der actio de in rem verso entscheiden. Also genügt nicht der animus vertendi, sondern das versum. Insofern scheint die Frage, ob das Darlehen auch entsprechend der Aufnahme verwendet sei, eine ganz müßige zu sein; denn ohne dies kann von in rem versum nicht die Rede sein. Aber freilich sind diese Grundsätze der actio de in rem verso für unsern Fall nirgend erschöpfend entwickelt. Durch die allgemeine Aeußerung von Glück und Sintenis, daß die nützlich geschehene Verwendung auch erweislich sein müsse und der Vor-

liche Bekanntmachung, nicht zu borgen und nicht haften zu wollen, darf nicht genügen, wie Accursius ad l. 7. § 13 D. h. t. aus l. 24 C. de neg. gest. 2, 19. deducirt; aber der Gesichtspunkt der neg. gesta ist hier nicht entscheidend. — Ebenfalls unter den Gesichtspunkt des in rem versum stelle ich das Darlehen pro captivorum redemtione. Nov. 115 c. 3. § 13. Justinian deutet dies an in den Worten „et eis tanquam suis debitis (redemtos) obligari."

[25]) l. 20. pr. l. 21 D. de in rem 15, 3.

wand der Verwendung nicht ausreiche, ſcheinen mir die hier einſchlagenden Fragen noch nicht beantwortet. Auch Donellus geht nicht näher hierauf ein; und Vangerow läßt ebenfalls unentſchieden. Es iſt wohl wahr, daß die Grundſätze des in rem versum entſcheiden; aber dieſe ſind eben hier in Rückſicht auf das Darlehen zu entwickeln. An ſich nun iſt die Aufnahme eines Darlehens von Seiten des Hauskindes niemals ein in rem versum, wie es wohl andre Obligationen deſſelben ſind z. B. der Ankauf von Getreide, Kleidern ad familiam alendam. Es muß alſo auf die Beziehung ankommen, welche das Darlehen hat; und dieſe kann nur eine zweifache ſein. Entweder dient die Aufnahme des Darlehens nur als Mittel, während das in rem versum ſchon anderweitig begründet iſt, oder das Darlehen hat den Zweck, ein in rem versum zu erzielen. Die Vorausſetzung iſt, daß der Gläubiger dieſe Beziehung kannte, als er darlieh.[1]) Es reiht ſich daran der dritte Fall: jene Beziehung fehlt bei der Aufnahme des Darlehens, aber das geliehene Geld wird ſpäter ſo benutzt, daß nun ein versum entſteht.[2]) Dahin gehört, wenn das Hauskind das geliehene Geld an den Vater zahlt, Schenkungs halber, nicht um ſeine Schuld an den Vater zu zahlen;[3]) wenn es die dargeliehene Summe an Dritte zahlt, ſei es zur Deckung väterlicher Schulden, ſei es um den

---

[1]) Paulus, sent. rec. II. 9. § 1. Filiusfamilias si acceptam pecuniam in rem patris verterit — de in rem verso in solidum patrem obligat: si tamen ob hanc causam pecunia data sit.

[2]) Nur dieſen Fall entſcheidet Donellus XII c. 27. § 21. unter Bezug auf I. 5 C. h. t. 4, 28. „Sane si iussu patris datum mutuum probetur, nec in quos usus versa sit pecunia disquiri necesse est“ Aber ich kann darin nur finden, daß für die actio quod iussu der Zweck des Darlehens ganz gleichgültig iſt. Die Frage, wann in Folge eines Darlehens de in rem verso geklagt werden könne, ſehe ich dadurch nicht entſchieden und jedenfalls durch ein argumentum a contrario nicht auf den einen Fall des Donellus beſchränkt.

[3]) l. 7. § 1 D. de in rem 15, 3. Vgl. oben § 9. S. 39. a.

Empfänger zu obligiren, nicht um diesem zu schenken.[4]) In diesem dritten Fall kann die Frage wegen Verschleuderung, wegen Verlust gar nicht gestellt werden. Vor der Zahlung, d. h. hier vor der vollzogenen Schenkung, vor der Liberirung des Vaters, vor dem Erwerb der Obligation haftet der Vater so wie so nicht. Erst durch die Zahlung entsteht das versum; die Aufnahme des Darlehens ist hier weder Mittel noch Zweck. Daher sprechen die Quellen in diesem Fall nur: si solverit.[5]) Wurde nicht weiter gezahlt, gleichviel warum nicht, so kann auch der Vater nicht einmal de peculio haften: also gilt das Senatusconsult schlechthin.

Es bleiben sonach nur der erste und zweite Fall hier zu betrachten übrig.[6]) Die Aufnahme des Darlehens geschah im Interesse des in rem versum; das wollte das Hauskind, das wußte der Gläubiger. Mit der Darlehenssumme soll ein in rem versum erzielt werden[7]) z. B. ad vestem comparandam oder die Schuld aus einem solchen gedeckt werden. Das Letzte läßt sich denken: das in rem versum, was gedeckt werden soll, ist im Interesse der Haushaltung, Erziehung u. s. w., oder es besteht in der Liberirung des Vaters, wenn das Hauskind durch defensio oder novirende Stipulation den Vater befreit hat. In beiden Fällen kann nun die Sachlage dieselbe sein. Das dargeliehene Geld ist nicht dazu verwendet worden, also z. B. nicht ad emen-

[4]) Vgl. oben S. 38. Note 6 und S. 43. — Damit nicht zu verwechseln ist, wenn das Hauskind aus dem Peculium an Dritte z. B. an ein Hauskind leiht. Hier entsteht überhaupt keine Darlehensobligation l. 3. § 2. D. h. t. Daß Wangerow und Sintenis auch dies unter den Ausnahmen des Senatusconsults aufführen, ist nicht zu rechtfertigen.

[5]) l. 3. § 1. l. 7. § 1. l. 10. pr. D. de in rem verso.

[6]) Gerade diese beiden Fragen beschäftigen in der Regel die römischen Juristen.

[7]) Hierher gehört auch der von Donellus c. 27. § 27. hervorgehobene Fall, wenn der Hausſohn borgt in necessariam causam, obwohl er die nöthige Summe vom Vater schon erhalten, aber anders verbraucht hatte.

dam rem necessariam, oder wenn ſchon gekauft war nicht ad pretium numerandum. Oder das dargeliehene Geld iſt dazu verwendet worden, aber erfolglos; z. B. die gekaufte Sache kann nicht geliefert werden oder die tradirte Sache ging zu Grunde. Im Fall erfolgloſer Verwendung iſt kein Zweifel; der Vater haftet de in rem verso ſowohl dem Verkäufer als auch dem Darlehensgläubiger, ſelbſt wenn nicht tradirt werden konnte. Denn der Vater hat die actio emti als in rem versum; und ging die Sache vor der Tradition zu Grunde, ſo muß man ſagen, daß das in rem versum nur ohne Erfolg geweſen ſei, gerade ſo wie wenn die Sache zu Grunde ging nach der Tradition.[8]) Aber auch wenn das geborgte Geld nicht dazu verwendet wurde, muß mit Ausnahme eines Falles daſſelbe behauptet werden. Dem Fall der erfolgloſen Verwendung des Darlehens ſteht gleich der Fall der vereitelten, aber beiderſeits gewollten Verwendung des Darlehens. Es entſcheiden die Grundſätze der negotia gesta, alſo genügt, daß der Darleiher deßhalb lieh und der Empfänger deßhalb aufnahm. Inſofern kann man ſagen, daß bei der Aufnahme des Darlehens das vertere velle genügt:[9]) „si tamen ob hanc causam pecunia data sit.“ Alſo in beiden Fällen kommt das Senatusconſult nicht zur Anwendung; und der Vater muß von zwei Seiten her die actio de in rem verso erwarten, wobei natürlich die Prävenienz entſcheidet.[10]) Die hierauf bezüglichen Fragen behandelt Ulpian in

l. 3. § 10 D. de in rem 15, 3. Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor an venditor? Puto autem 1.) si quidem pretium nume-

[8]) Nach der Tradition l. 3. § 7. 8 D. de in rem 15, 3; vor der Tradition l. 3. § 10. eod.

[9]) Vgl. l. 6. § 1. 31. pr. D. de neg. gest. 3, 5. — Beſonders l. 7 D. de exerc. act. 14, 1.

[10]) l. 4 D. de in rem 15, 3. (l. 18.)

ratum sit, creditorem de in rem verso acturum etsi vestis perierit. 2.) Si autem non fuerit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia ut vestis emeretur, et pecunia perierit vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. An et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? Ratio hoc facit ut teneatur. Unde incipit dominus teneri ex una causa duobus; proinde etsi tam pecunia quam vestis periit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.

Der Satz „proinde etsi rel.“ enthält eine Combination von 1 und 2. Es war Geld aufgenommen, um zu kaufen: aber der Kaufpreis konnte mit dem geliehenen Gelde doch nicht gedeckt werden und die gekaufte Sache wurde nicht tradirt.

Nur den zweiten Fall hat African vor Augen in

l. 17. pr. D. de in rem 15, 3. Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit; nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavi. Nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderat, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum.[11])

Daſſelbe mit Rückſicht auf das sct. Maced. führt Marcian aus in

l. 47. § 1 D. de solut. 46, 3. — Sic et in filiofamilias putabat Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecuniam accepit et eam perdiderit.

Glück a. a. O. S. 340. giebt dieſer Stelle den beſchränkten Sinn, daß zwar das Geld zweckmäßig verwendet, aber die ge-

[11]) Vgl. Cuiacius, ad Africanum tract. VIII. Opp. tom. IV. p. 312. ed. Prati.

kaufte Sache nur zufällig wieder verloren gegangen sei. Aber die Voraussetzung ist doch nur, daß in necessarias causas geliehen sei, auch wenn erst z. B. gekauft werden sollte und doch nicht gekauft wurde.[12])

Die Entscheidung, die hier gegeben ist, gründet sich auf die Analogie der negotia gesta und der exercitoria wie institoria actio. Wenn nur ein objectiver Grund für das Geschäft vorhanden ist und der Darlehensgläubiger deßhalb lieh, so hat auch ohne Procura die Klage Statt, wenn gleich das Geld nicht so verwendet wurde. Dies gilt für die exercitoria und institoria actio auch dann, wenn der magister „in proprios usus" verwendete, also verschleuderte.[13]) Im Fall des in rem versum und auch der negotia gesta kann aber diese Consequenz nicht zugegeben werden. Wenn also doloser Weise das Hauskind das geliehene Geld anderwärts verbrachte, so kann der Vater nicht de in rem verso haften; und auch das Hauskind hat die exceptio senatusconsulti, muß aber de dolo haften. Dies deutet Ulpian in l. 3 § 9 D. de in rem in den Worten an: Si sic acciperet quasi verteret nec vertit et decepit creditorem.[14]) Daß hier nicht gilt, was beim magister u. s. w., erklärt sich aus der verschiedenen rechtlichen Natur dieser Verhältnisse. Im Fall der exercitoria actio trifft den dominus die Schuld, cur talem proposuerit; beim in rem versum kann der dominus umgekehrt entgegenhalten, cur crediderit.

---

[12]) So scheint auch Accursius zu verstehen: in pupillo autem secus dico, si ponas eum pecuniam amisisse, non rem ex eo emtam.

[13]) l. 1. § 9 D. de exercit. act. 14, 1.

[14]) Vgl. l. 43. § 3 D. de furt. 47, 2. Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis, quam furtum facit; ut puta si dixit — in mercem se collaturum quod accepit —; sed — de dolo dabitur.

§ 11. Fortsetzung. Das Darlehen sciente patre.

In § 8 habe ich zu erklären versucht, wie die Interpretation der Worte des Senatusconsults „Qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset“ zu der Ausnahme wegen in rem versum patris führte. In diesem Fall ist das Hauskind zwar formell, nicht aber materiell verpflichtet. Ebenso erklärt sich die Ausnahme, wenn sciente patre der Gläubiger lieh. Auch hier ist das Hauskind nur formell verpflichtet; das Wissen des Vaters macht das Darlehen zu seinem eigenen Geschäft. Also hat das Hauskind den Regreß gegen den Vater und zieht sich diese Forderung z. B. bei der Erbtheilung vorweg ab.

Dies Wissen des Vaters ist jetzt näher zu bestimmen. Wenn das Hauskind z. B. institor eines Anderen ist und der Vater weiß, daß es in dieser Eigenschaft ein Darlehen aufnimmt, so muß dieses sein Wissen juristisch ganz gleichgültig erscheinen; der Vater wie der Sohn hat die exc. scti.[1]) Also nicht das Wissen schlechthin (nuda scientia) genügt; sondern nur die scientia quae habet et voluntatem.[2]) Wenn nun das Hauskind institor eines Anderen ist, so hat der Vater im Kreis dieser Geschäfte keine Disposition: er kann weder anordnen noch untersagen. Das Wissen muß so verstanden werden, daß der Vater verbieten und daß er auch zu dem Darlehen Auftrag geben könnte. Sonach muß ferner das Wissen vorhanden sein im Moment der Aufnahme des Darlehens. Erfährt der Vater, nachdem schon das Darlehen aufgenommen ist, so ist sein Wissen wieder gleichgültig; die Möglichkeit eines entgegengesetzten Willens fehlt. Es kann auch nicht für Ratihabition gelten; denn diese ist selbst ein Akt des Willens, und das Wissen allein ist noch kein Willensakt. Denken wir aber,

---

[1]) l. 7. § 11 in D. h. t. S. oben § 8.

[2]) l. 1. § 3 D. de trib. act. 14, 4.

daß der Hausſohn ein Darlehen aufnimmt und dabei vorgiebt, es geſchehe im Auftrag des Vaters „patrem rem ratam habiturum“ und der Vater erfährt dies vom Sohne oder vom Gläubiger, ſo wird nun ſein Wiſſen zur Ratihabition; denn die Ratihabition, die der Sohn in Ausſicht ſtellte, kann er noch weigern. Nur dies ſagt Paulus in

l. 16 D. h. t. Si filiusfamilias absente patre quasi ex mandato eius pecuniam acceperit cavisset et ad patrem literas emisit, ut eam pecuniam in provinciam solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.

Aus dieſer Stelle kann nicht geſchloſſen werden, daß der Vater hafte, wenn ihm nur das Darlehen ausdrücklich angezeigt wurde und er nicht ſofort proteſtirt hat;[3]) das hieße, das bloße Wiſſen ſei ein Willensakt. Iſt eine Handlung geſchehen, ſo kann das bloße Wiſſen noch nicht als Einwilligung, als Ratihabition gelten. Erſt wenn das Darlehen in Hinſicht auf Ratihabition gegeben wurde (quasi ex mandato acceperit cavisset), wird das ſpätere Wiſſen zur Ratihabition: die Aufnahme des Darlehens ſteht nicht mehr in Frage, ſondern nur die Ratihabition als ein neues Geſchäft.[4])

---

[3]) So Sintenis, Civilr. II. S. 511. Note 51. Auch Savigny, Syſtem III. S. 251. Note l. citirt dieſe Stelle neben l. 12 D. h. t. für den Fall wo der Vater ſchweigt zu einem Darlehen, welches ſein Sohn aufnimmt; ebenſo Bangerow, Leitf. I. S. 522 c. Ebenſo Bartolus „qui epistolam recipit, videtur approbare quod in epistola continetur.“

[4]) So verſteht auch Donellus, XII. c. 27. § 10. „Merito autem Paulus hoc silentium patris pro ratihabitione habet, non propter acceptas et lectas literas de pecunia filio data, ut Bartolus putavit. Unusquisque enim literas accipit et legit, ut cognoscat quae in his scripta sunt, non etiam ut probet; sed quod cum in superiore specie solus scire possit pater, an filius sit mentitus de mandatu patris, si rogatus de eo tacet dolo facit.“ Die Worte „si quasi

Wie haftet nun der Vater, wenn seine scientia eine solche ist „quae habet et voluntatem“? De peculio, oder quod iussu also in solidum? Da der iussus ganz formlos ist und eine causa für die Haftung des Vaters aus einem nicht von ihm zunächst abgeschlossenen Vertrag doch vorliegen muß, so kann dieser Fall des Stillschweigens nur unter den Gesichtspunkt des iussus gestellt werden; der Vater haftet in solidum. Es scheint zwar, als unterscheide Paulus in l. 12 D. h. t. den Fall des Stillschweigens vom iussus: Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatusconsultum. Sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatusconsulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est. Aber er hebt nur den sachlichen Unterschied hervor, daß im Fall eines ausdrücklichen iussus der Wille ignorante creditore so wenig wieder zurückgezogen werden kann, wie das Wissen, wenn es einmal vorhanden ist, sich später nicht ungeschehen machen läßt.

Da nun schon das Senatusconsult nicht gilt, wenn nur sciente patre dargeliehen wurde, so bedarf der Fall des ausdrücklichen iussus keiner weiteren Erörterung. Ebenso wenn der Hausſohn als magister, als institor des Vaters das Darlehen aufnahm; es müssen natürlich dann die Grundsätze der institoria und exercitoria actio entscheiden.[5]) Im Titel de scto Macedoniano ist daher vom iussus und den Procuraverhältnissen nur

---

ex mandato acceperit cavisset“ müssen betont werden. Uebrigens citirt Sintenis, Civilr. I. S. 156. Note 28. die l. 16. für den Fall des Schweigens bei einem vor sich gehenden Ereigniß und S. 158. Note 40 für den Fall der Ratihabition.

[5]) l. 1. § 8—11. l. 7 D. de exerc. act. 14, 1. — l. 5. § 13. 14. l. 13 pr. D. de instit. act. 14, 3. Die Bemerkung Wangerow's a. a. O. S 522 c.: „die Einwilligung wird auch dann angenommen, wenn der Vater das Kind zu seinem institor ernennt“ ist in dieser Allgemeinheit gewiß unrichtig.

beiläufig die Rede;[6]) zu erörtern war nur, daß ſchon das Wiſſen, in dem Wille liegt, das Senatusconſult beſeitigt und daß dem gleich ſteht Ratihabition durch Stillſchweigen.[7]) Daß dann aber die Klage quod iussu Statt habe, ergiebt ſich aus dem Begriff des iussus als eines formloſen Aktes. Wenn aber auch der ausdrückliche iussus, die Procura als bloße Steigerungen erſcheinen gegenüber der scientia quae habet et voluntatem, ſo muß doch, glaube ich, ein Unterſchied feſtgehalten werden. Der iussus kann generell und ſpeciell ſein, ebenſo die Procura: das Wiſſen aber, wenn daraus der Vater quod iussu haften ſoll, muß immer als ein ſpecielles, für den einzelnen Darlehensfall gedacht werden. Daher kann ich die Anſicht Glücks[8]) und Andrer nicht billigen, daß der Vater wegen ſeines Schweigens auch dann hafte, „wenn er die Schulden ſeines Sohnes ſchon öfters, ohne Widerſpruch, bezahlt hat. Denn hierdurch hat er ſtillſchweigend in den Credit gewilligt." Nur in dem einen Fall iſt ſpecielles Wiſſen nicht erforderlich, wenn der Sohn mit Wiſſen des Vaters ſein Peculium, ganz oder theilweiſe, zu gewerblichem Betrieb verwendet. Soweit das Peculium Betriebsfond und wenn das Darlehen im Sinne des gewerblichen Betriebes iſt, iſt das Darlehen nur ein Poſten in der Geſchäftsreihe und mit dieſer alſo ſtillſchweigend gewollt, auch wenn der Vater von dem einzelnen Poſten Nichts weiß. Natürlich kann der Vater das Darlehen auch von ſeinem ſpeciellen Wiſſen abhängig machen, indem er es

---

[6]) l. 7. § 11 D. h. t. „quamquam" rel.

[7]) l. 16 D. h. t., oder Zahlung l. 7. § 15 D. h. t. vgl. l. 1. § 6 D. quod iussu 15, 4. Nach l. 5. § 2 D. de in rem verso 15, 3. wird freilich auch die actio de in rem verso zugelaſſen. Ob dieſe Stelle aus dem Streit der römiſchen Juriſten über die Wirkung der Ratihabition zu erklären iſt? Dieſe l. 5. § 2 D. cit. iſt bisher bei dieſer Frage überſehen worden; ſ. Leiſt a. a. O. S. 71. 72.

[8]) a. a. O. S. 335. Note 60. — Siehe dagegen auch Thöl, Handelsrecht. 3. Aufl. S. 129 a. E.

unterſagt: nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit merces accipere.[9]) Der Vater haftet dann aber nicht mit der actio quod iussu oder actio institoria; das hieße, er haftet mit ſeinem ganzen Vermögen. Er haftet nur mit der tributoria actio, wenn nicht der Gläubiger vorzieht, ſchlechthin de peculio zu klagen;[10]) denn indem der Vater die Benutzung des Peculium zu gewerblichem Betrieb geſtattet, ſpricht er zugleich darin aus, daß er wie bei jedem Peculium nur beſchränkt (in merce peculiari) haften wolle[11]) (limitirtes Mandat).

§ 12. Fortſetzung. Haftung de peculio.

Wenn das Senatusconſult, obwohl wiſſentlich einem Hauskind geliehen war, nur außer Anwendung kommt wegen in rem versum und wegen Wiſſen des Vaters, das dem iussus gleich ſteht, ſo folgt, daß die actio de peculio in den andern Fällen aus dem Darlehen an ein Hauskind ausgeſchloſſen iſt (§ 8). Dies Reſultat beſtätigen folgende Stellen:

1.) l. 6. pr. C. h. t. 4, 28. Si filius tuus in potestate tua agens contra senatusconsultum Macedonianum mutuam sumsit pecuniam, actio de peculio adversus te eo nomine efficaciter dirigi nequaquam potest.

2.) l. 3. § 4 D. de minor. 4, 4. — Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium (in integrum restitutionis);

---

[9]) l. 7. § 11 D. h. t.

[10]) Darüber l. 11 D. de trib. act. 14, 4.

[11]) l. 5. § 15. 16 D. de trib. act. 14, 4. Den Unterſchied der trib. actio von a. quod iussu und institoria hebt wohl am ſchärfſten hervor l. 7. § 11 D. de inst. act. 14, 3. Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet: neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica; quodsi non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.

si patrem conveniat creditor, auxilium cessat excepta mutui datione: in ha(n)c enim, si filius iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur.

Ulpian erörtert, wann der filiusfamilias minor auf in integrum restitutio Anſpruch habe. Die in integrum restitutio in dieſem Fall konnte bedenklich ſein, weil ja dieſelbe „in re peculiari“ nun auch den maiores zu Gute käme. Ulpian unterſcheidet a. wenn der Hausſohn iussu patris contrahirte; in dieſer Verbindung ſteht die ausgezogene Stelle; b. wenn derſelbe sine iussu contrahirte, aber auch nicht in rem vertirte, ſo daß nur de peculio actio möglich iſt. Der Vater hat in beiden Fällen keinen Anſpruch auf in integrum restitutio „excepta mutui datione.“ Da wird dem Vater geholfen; die Hülfe aber iſt hier nicht die in integrum restitutio, ſondern die exceptio senatusconsulti Macedoniani. Das ſpricht Ulpian nicht aus; aber in den Worten „exc. mutui datione“ liegt es. „In hac enim, si filius iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur.“ Denkt man freilich bei „non adiuvatur“ hinzu per restitutionem, wie die Gloſſe,[1]) ſo kann das „non adiuvatur“ als Ausnahme zu dem „auxilium (i. i. r.) cessat“ nicht paſſen. Gleichwohl können die Worte „non adiuvatur“ auch nicht auf den Sohn bezogen werden, wie die Gloſſe, Sintenis und Puchta wollen. Verſteht man aber bei non adiuvatur die exceptio scti Maced., ſo erhalten wir den Sinn: der Vater muß aus den Geſchäften ſeines filiusfamilias minor haften, ſie mögen iussu oder sine iussu patris contrahirt ſein, (auxilium in integrum restitutionis cessat). Dieſer Hülfe bedarf es nicht, wenn ein Geldbarlehen vorliegt (excepta mutui datione). Der Vater haftet ope exceptionis nicht. „Freilich wenn der Hausſohn iussu patris das Darlehen aufnahm, ſo haftet der Vater“ („non adiuva-

[1]) Ebenſo Sintenis, Civilr. I. S. 376. Note 73. und Puchta, Pand. § 103 i. Subject iſt dann filius.

tur“ exceptione.) Alſo wenn sine iussu patris, ſo haftet der Vater nicht (adiuvatur exceptione). Das Reſultat iſt: gegen die actio de peculio aus dem Darlehen an ein Hauskind hat der Vater die exc. scti Macedoniani.[2])

3.) l. 9. § 2 D. h. t. Hoc senatusconsultum et ad filias quoque familiarum pertinet; nec ad rem pertinet, si affirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse. Nam et ei quoque qui filiofamilias credidit decreto amplissimi ordinis actio denegatur; nec interest consumti sint nummi an exstent in peculio.

Schmuck iſt nicht necessaria causa; alſo das Darlehen dazu kein in rem versum.[3]) Wäre auch das geborgte Geld im Peculium noch vorhanden, ſo gilt doch das Senatusconſult gegen die actio de peculio. Meines Erachtens iſt auch die rei vindicatio gegen den Vater ausgeſchloſſen; denn mutua pecunia contra senatusconsultum data trifft nicht das Peculium und der Vater beſitzt hier nicht durch das Hauskind.[4]) Dagegen iſt eingewendet, daß ja ſich dann der Vater mit des Anderen Schaden bereichere; aber dieſer Einwand iſt ebenſo unhaltbar, als die Erwiderung darauf, daß dieſe Regel nicht gelte, wo das Geſetz dem Gläubiger zur Strafe die Klage verſagt.[5]) Aus dem letzteren Grunde kann Nichts deducirt werden, der Gläubiger büßt viel-

---

[2]) Zu demſelben Reſultat kommt Savigny, Syſtem VII. Beil. XVIII., der dieſe Stelle ausführlicher behandelt. Er emendirt aber: „in hac enim, si filius non iussu patris mutuam pecuniam accepit, adiuvatur.“ Die Emendation halte ich für richtig, aber nicht für nöthig. Savigny's Grund iſt, daß „auxilium cessat“ als Regel und „non adiuvatur“ als Ausnahme nicht paſſen. S. 282. Aber S. 284. Note 1. ſagt er doch ſelbſt, daß bei aux. cess. an die in int. rest., bei adiuvatur an das sct. Maced. zu denken ſei wegen des Schaltſatzes exc. mut. dat.

[3]) S. jedoch l. 3. § 6 D. de in rem 15, 3.

[4]) S. oben § 8. Note 11.

[5]) So die Gloſſe, Donellus XII. c. 25. § 5., Glück XIV. S. 341.

mehr ſeinen error iuris; und von Bereicherung läßt ſich da nicht ſprechen, wo der Eine vom Andern mit deſſen Willen Etwas hat.

4.) l. 11 D. de fideiuss. 46, 1. Qui contra senatusconsultum filiofamilias crediderit mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet, nec est ulla hereditas cuius nomine fideiussores obligari possent. (Iulianus lib. XII. Dig.)

Der Gläubiger contra senatusconsultum kann vom Vater keinen Bürgen erwarten, weil er den Vater auch nicht „honoraria actione“ belangen kann. Die honoraria actio iſt keine andere als die actio de peculio. Die Worte „mortuo eo“, ſonſt unweſentlich, gewinnen dadurch Bedeutung. Mit dem Tode des Hauskindes fällt das Peculium mit allen Forderungen und Schulden dem Vater zu; darauf hin könnte die Bürgſchaft gefordert werden.

An l. 11. cit. ſchließt ſich folgende Stelle Julians: Plane eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competit, fideiussor recte accipitur. (lib. XLIII. Dig.)

Beide Stellen hat Venuleius vereinigt und ſo finden ſie ſich als l. 18 D. h. t.: Creditorem filiifamilias mortuo eo fideiussorem accipere non posse Iulianus scribit, quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit cui fideiussor accedat. Plane a patre eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi.

Den Satz „Plane eius actionis“ verſteht die Gloſſe von allen anderen Geſchäften außer dem Darlehen. Wenn nun auch die Stelle ſo verſtanden werden kann, ſo darf doch wohl nach der Stelle des Venuleius das Darlehen nicht ausgeſchloſſen werden. Die Verbindung der beiden Julianiſchen Stellen aus ganz verſchiedenen Büchern zu einer Stelle kann bei Venuleius nur den Sinn haben, daß bisweilen der Vater aus dem Darlehen ſeines

Hauskindes de peculio hafte und dann auch ein Bürge gültig verlangt werden könne.

Daß nun aber der Vater, obwohl nicht iubente eo oder in rem eius das Geld geliehen wurde, unter Umständen doch de peculio hafte, geht auch aus folgender Stelle Ulpians hervor:

l. 12. § 13 D. mandati 17, 1. Si quis mandaverit filiofamilias credendam pecuniam non contra senatusconsultum accipienti, sed ex ea causa ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod iussu pater teneretur, erit licitum mandatum. Hoc amplius dico si, quum dubitarem utrum contra senatusconsultum acciperet an non nec essem daturus contra senatusconsultum accipienti, intercesserit qui diceret, non accipere contra senatusconsultum et periculo meo crede, dicat, bene credis, arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri.

Wenn nur der Vater aus dem Darlehen de peculio haftet, so gilt das mandatum qualificatum. Der Gläubiger hat also auch gegen den mandator die a. mandati (mandati eum teneri) und der mandator hat gegen den Vater die actio de peculio.

Dies allgemeine Resultat beweist auch:

l. 1 C. Ne filius pro patre 4, 13. Neque ex eius filii persona, qui quum sui iuris esset mutuam pecuniam accepit, pater eius si non fidem suam obstrinxit conveniri potest; neque ex eius quem in potestate habet, si sine iussu eius contractum est neque contra senatusconsultum Macedonianum mutua pecunia data est, amplius nisi duntaxat de peculio actionem sustinere cogitur. Quapropter pater quoque tuus, si ei pecunia a creditore fratris tui extorta est ob quam reddendam non tenebatur, praesidis provinciae auctoritate eam recuperabit. (Gordianus).

Gordian ſagt: Aus dem Darlehen an ein Hauskind, wenn zwar sine iussu, aber doch auch nicht contra sct. Maced. contrahirt wurde, haftet der Vater nur de peculio. Ohne irgend handſchriftliche Autorität ſetzt aber Haloander vor „contra sen. Mac.“ ein si und ſtellt außerdem den ganzen Satz neque — data est in Parentheſe. Der Sinn wäre darnach: noch kann der Vater weiter als de peculio haften, wenn der Sohn ohne Auftrag contrahirte, (nicht auch wenn er „contra sct. Maced.“ contrahirte). Es ſcheint, als bezöge Haloander was außer der Parentheſe ſteht auf andre Fälle, nicht auf das Darlehen; aber der Bezug auf's Darlehen iſt nach dem Reſcript nothwendig. Zu der Parentheſe müßte aber doch auch wieder sine iussu hinzugedacht werden, und der Sinn würde dann ſein: wenn der Hausſohn contra sct. Maced. contrahirt, ſo hafte der Vater nicht einmal de peculio. Man ſieht, daß Haloander durch ſeine Conjectur die Stelle Gordians mit l. 6 pr. C. h. t. 4, 28 cit. vereinen wollte.[6]) Haloander ging von der Anſicht aus, daß in keinem Falle, wenn sine iussu dargeliehen wurde, de peculio geklagt werden könne; dieſe Anſicht widerlegt ſich durch l. 18 D. h. t. l. 12. § 13 D. mand. citt. Damit fällt die Conjectur Haloanders zuſammen. Der Satz „neque contra senatusconsultum mutua pecunia data est“ iſt vielmehr nur eine genauere Beſtimmung des vorhergehenden „sine iussu.“ Die ganze Stelle könnte auch ſo lauten: „neque ex eius quem in potestate habet, si sine iussu neque contra senatusconsultum mutua pecunia data est, amplius nisi duntaxat de peculio rel.“ So ſchreibt in der That Gordian im zweiten Theile deſſelben Reſcripts, das ſich als l. 1 C. de filiofamilias minore 2, 23 findet: „Si frater tuus quum mutuam pecuniam acciperet in patris fuit potestate, nec iussu eius nec con-

[6]) Ebenſo Glück XIV. S. 341. Note 75., der für neque si vorſchlägt neque ei. Das „si“ iſt aber überhaupt zu ſtreichen.

tra senatusconsultum contractum est" rel.[7]) Daß nun die Worte den oben angegebenen Sinn haben, beweist auch der zur Entſcheidung vorliegende Fall. Es handelt ſich um ein Darlehen, „ob quam reddendam (pater) non tenebatur", nicht einmal de peculio. Gordian deutet bei Gelegenheit dieſes Falles nun den Grundſatz an, wann der Vater wenigſtens de peculio hafte: wenn zwar nicht auf directen Auftrag des Vaters, doch auch nicht ſo geliehen wurde, daß die exc. scti Maced. vorgeſchützt werden könnte.

Hierauf kann endlich auch aus l. 3. § 4 D. de minor. 4, 4. folgender Satz gezogen werden:

> [Excepta mutui datione; in hac enim — adiuvatur.] Proinde et si sine iussu patris contraxit et captus est, si quidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, poterit restitui.

Ulpian ſagt: Obwohl der Hausſohn sine iussu patris Geld lieh, ſo iſt es doch möglich (si quidem), daß de peculio geklagt werden kann.[8])

Es fragt ſich nun, welches die Fälle ſind, wo die actio de peculio möglich iſt, obwohl sine iussu patris contrahirt wurde und doch nicht contra senatusconsultum. Daß dann auch das Hauskind hafte, iſt unzweifelhaft, und erhellt deutlich aus den letzten Worten Ulpians: si filius conveniatur, poterit restitui; ingleichen aus l. 1 C. 2, 23 cit.: Si frater tuus quum mutuam pecuniam acciperet, nec iussu patris nec contra senatusconsultum contractum est, propter lubricum aetatis adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postu-

---

[7]) Daß l. 1 C. cit. und l. 1 C. 4, 13. cit. Theile eines Reſcripts ſind, kann kein Zweifel ſein: ſie behandeln denſelben Fall, haben daſſelbe Datum. Der Adreſſat heißt nur in l. 1 C. 2, 23. „Candianus miles", in der andern Stelle „Candidus miles".

[8]) Auch Savigny, Syſtem VII. S. 285—87. verſteht dieſen Satz vom Darlehen.

lare. Der Reſtitution bedürfte es nicht, wenn der Sohn die exceptio scti gebrauchen könnte. Derſelbe Grund, der die Haftung des Sohnes bewirkt, wenn der Vater quod iussu, de in rem verso u. ſ. w. haftet, muß auch entſcheiden, daß der Sohn hafte, wenn der Vater de peculio belangt werden kann.[9]) Dies trifft nun zu:

a. wenn das Hauskind mit dem geborgten Geld ſeine Schuld an den Vater oder ſeine Schuld an Dritte bezahlt. Daß hier ein in rem versum nicht vorliegt, und wie die Schuld an Dritte beſchaffen ſein müſſe, darüber habe ich oben § 9. S. 40. ffg. geſprochen. Zahlt nun das Hauskind eine ſolche Schuld an Dritte, ſo wird ſo weit der Vater von der actio de peculio frei; aber er wird frei mit fremdem Gelde. Da nun in dieſem Fall das Hauskind die exceptio nicht haben kann,[10]) ſo kann ſie auch der Vater nicht haben: alſo haftet der Vater de peculio. — Wenn der Sohn ſeine Schuld an den Vater zahlt, ſo muß gleichfalls der Geſichtspunkt von l. 7. § 14 cit. entſcheiden: das Darlehen zur Deckung einer Schuld an den Vater kann juriſtiſch nicht anders behandelt werden, als das Darlehen zur Deckung einer Schuld an Dritte. Hierher könnte auch geſtellt werden

b. wenn das Hauskind „publice“ als paterfamilias galt;[11]) weil hier das Hauskind die exceptio nicht hat, müßte auch, ſo ſollte man meinen, der Vater de peculio haften. Nicht ſo, wenn doloſe das Hauskind ſich als Hausvater aufſpielte; das Hauskind haftet ex dolo, der Vater aber deßhalb auch nicht de peculio.[12])

---

[9]) S. oben § 8. — Savigny, Syſtem VII. S. 286. ſcheint zu meinen, daß, wenn der Vater de peculio hafte, doch der Sohn nicht hafte.

[10]) l. 7. § 14 D. h. t. S. oben § 9. S. 40. ffg.

[11]) Dieſen Fall hebt auch Savigny, Syſtem VII. S. 286. Note p. hervor. — Darüber unten § 19.

[12]) S. oben § 7. S. 29—31.

Andere Fälle, wo der Hausvater de peculio hafte obgleich ignorante eo contrahirt wurde, giebt es nicht; der Gläubiger mußte nur wiſſen, daß trotzdem nicht contra senatusconsultum geliehen werde. Dies läßt ſich nur ſagen in den beiden angegebenen Fällen. Für den Fall unter b. bedarf dies keiner Erörterung weiter. Für den Fall unter a. entſcheidet, daß durch das Darlehen eine Schuld gedeckt wurde, die gegen das Peculium ging (Schuld an Dritte) und die der Vater vom Peculium abziehen konnte (Schuld an den Vater); Minderung des Peculium war hier wie dort die Folge der Schuld. Alſo wird die Stellung des Vaters zum Peculium keine andre, wenn er für das Darlehen ſteht, das jene Schulden deckte. Das aber war die ratio des Senatusconſultes rückſichtlich der Väter, dieſelben vor der actio de peculio zu ſchützen. Dieſe ratio trifft hier ſo wenig zu, wie in den Fällen wo der Vater quod iussu u. ſ. w. haftet.

Soweit nun die actio de peculio Statt hat, iſt die Folge, daß der Vater, nach dem Tode ſeines Sohnes, nur noch ein Jahr lang de peculio hafte und daß ſoweit der Vater auch aus der Perſon ſeines Sohnes, wenn er minor war und Grund dazu iſt, die in integrum restitutio beanſpruchen könne.[13]) Ferner folgt, daß das Hauskind, nach dem Tode ſeines Vaters, wenn es väterliches Vermögen nicht erwarb, nur hafte in quantum facere potest. Endlich kann nun aber auch das Hauskind als defensor patris die actio de peculio übernehmen; und der Vater ſoll nach der Condemnation des Hauskindes ſogar de in rem verso haften. Das kann aber nicht heißen, daß er nun sine deductione hafte; denn durch die Litisconteſtation patris nomine kann der Vater doch nicht ſchlechter geſtellt werden. Alſo das in rem versum reicht nicht weiter als das peculium; aber das iſt das Reſultat, daß nun der Vater auch noch hafte, wenn

[13]) l. 3. § 9 D. de minor. 4, 4. Dieſe Stelle verträgt ſich nicht mit Savigny's Bemerkung, Syſtem VII. S. 285: „eine Reſtitution kann der Vater in keinem Fall verlangen.“

die actio de peculio nicht mehr möglich iſt z. B. post annum.[14]) Die Haftung des Vaters de in rem verso in dieſem Falle iſt übrigens nur da möglich, wo der Vater ſchon ante litem contestatam de peculio haften würde. Denn ſonſt iſt eine Uebernahme des iudicium patris nomine nicht denkbar, ſo ex delicto. Wird aus einem Delict das Hauskind verklagt und verurtheilt und nimmt das Hauskind nun ein Darlehen auf um das iudicatum zu decken, ſo kann der Vater doch nur de peculio haften.[15]) Und wenn das Hauskind ein Darlehen aufnimmt, um ein früheres Darlehen contra setum zu tilgen, ſo könnte der Vater auch nicht mit der actio iudicati de peculio haften: denn auch dem Vater kommt die ſogenannte privilegirte Natur der exceptio scti zu Statten.

§ 13. Zuſammenſtellung der bisherigen Reſultate.

Ehe ich zu einem neuen Punkte übergehe, will ich kurz das bisher Erörterte zuſammenfaſſen. Das römiſche Recht kennt zwei wichtige Beſtimmungen für Contractsobligationen der Hauskinder:

[14]) l. 10. § 3 D. de in rem 15, 3. Quare potest dici, etsi de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem; cuius sententiae id erit emolumentum, ut si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. Ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto.

[15]) l. 3. § 11 D. de pec. 15, 1. Es iſt dies ein Beiſpiel für l. 7. § 14 D. h. t. ſ. oben S. 40. — Daß Verurtheilung, ein iudicatum vorliegen muß, ſchreibt Ulpian ausdrücklich wieder in l. 35 D. de noxal. actt. 9, 4. (lib. 51. ad Sab.); daß die Litiscontestation genüge, kann derſelbe Ulpian in l. 57 D. d. iud. 5, 1. (lib. 51. ad Sab.) nicht ſagen wollen, wie Huſchke, Nexum S. 133. Note 184. meint. Die Conſequenz müßte ſonſt ſein, daß auch im Fall der abſolutoriſchen res indicata der Vater aus Delicten ſeines Hauskindes doch de peculio haften müßte. Auf dieſer Verwechſelung der res iudicata mit iudicatum beruhen die Bemerkungen Kuntze's, die Obligation. 1856. S. 213. Note 2.

das Edict quod cum eo in aliena potestate est und das senatusconsultum Macedonianum. Das Edict gilt für alle Contractsobligationen, das Senatusconsult nur für Darlehen: aber darin stimmen Beide überein, daß die Entstehung des Contractes in die Zeit fallen soll, wo der Schuldner Hauskind d. h. vermögensunfähig war. Darnach ergab sich, daß das Senatusconsult nicht gelten konnte, wo schon das Hauskind vermögensfähig ist (als miles) und soweit die Vermögensfähigkeit gilt (also usque ad peculii quantitatem), und wo es wenigstens publice als paterfamilias, als vermögensfähig galt.

Aber die Anwendung des Edicts setzt voraus, daß das Hauskind inzwischen zur Vermögensfähigkeit gelangt ist, jedoch vom Vater her Vermögen nicht hat; die Anwendung des sct. Maced. ist schon möglich, obwohl der Schuldner noch in patris potestate ist. Das Senatusconsult ist also auch im Interesse des Vaters; die ratio nach dieser Seite ist, den Vater vor der actio de peculio zu schützen. Diese ratio fällt weg, wenn das Darlehen des Hauskindes ein in rem patris versum ist oder sciente patre gegeben wurde; nur eine Ausführung des letzteren ist, daß auch im Fall ausdrücklichen Befehls oder der Procura das Senatusconsult nicht gilt. In einem Fall ist specielles Wissen nicht nöthig (actio tributoria). In allen diesen Fällen haftet das Hauskind, weil der Vater haftet; das Hauskind erwirbt hier eine Forderung gegen den Vater.

Obwohl nun durch das sct. Maced. die Haftung des Vaters de peculio ausgeschlossen ist, so kann dies doch da nicht gelten, wo das Darlehen selbst dem Peculium zu Gute kam oder, nach Savigny (S. 63.) wenigstens, wo der Darlehensempfänger publice sui iuris galt. Nun haftet auch das Hauskind wieder.

Wo nun der Vater quod iussu (institoria, exercitoria actione), de in rem verso, de peculio haften würde, da kommt für das Hauskind, wenn es vermögensfähig geworden, wieder das Edict zur Anwendung: die Haftung ist nur in quantum fa-

cere potest. Ueberdies aber ſteht dem Hauskinde als minor die in integrum restitutio zu, auch wenn iussu (überhaupt voluntate) patris contrahirt wurde.[1]) Der Vater kann Reſtitution nicht verlangen, außer in re peculiari nach dem Tode des Kindes; und wenn der Vater, da er ſein Kind noch in der Gewalt hat, de peculio belangt wird, ſo kann auch das Kind nicht reſtituirt werden. Dies folgt aus der rechtlichen Natur des Peculiums: magis enim patris quam filii interest.[2])

Es iſt nur noch zu bemerken, daß in allen Fällen, wo der Vater mit einer actio adiecticiae qualitatis haftet, auch „directo" condicirt werden kann. Nicht als eine Neuerung, ſondern als herkömmlichen Gebrauch ſchreibt dies Juſtinian in § 8 I. quod cum eo 4, 7. Savigny[3]) verſteht dies nur vom Darlehen; aber Juſtinian ſpricht allgemein: illud in summa admonendi sumus rel. Eben daraus erklärt Savigny, daß Juſtinian von der actio de peculio ſchweige, weil dieſe durch die exceptio scti, und alſo auch die condictio ausgeſchloſſen werde; auch Ruhſtrat a. a. O. läßt, wo nur de peculio geklagt werden könnte, die condictio nicht zu, obwohl er die Stelle Juſtinians allgemein verſteht.[4]) Aber auch aus dem Darlehen

[1]) In Betreff dieſer Frage verweiſe ich ganz auf Savigny, Syſtem VII. Beil. XVIII., dem ich im Reſultat durchweg beiſtimme. Die andere Meinung von Puchta, Sintenis (ſ. oben S. 57. 64.) beruft ſich auf den criminal-polizeilichen Zweck des Senatusconſults; voluntate patris höre die Gefährlichkeit auf!

[2]) l. 3. § 4 D. de min. 4, 4.

[3]) Obligationenrecht II. S. 34. 35. Note ee. 67. 68. — Savigny erklärt die Condictio daraus, „weil dem Hausvater das Eigenthum des Geldes erworben wird." Conſequent muß dann der Vater auch wegen in rem versum doch in solidum haften. Ich kann dies nicht zugeben. S. auch Ruhſtrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. S. 41.

[4]) Vgl. auch Ruhſtrat, Archiv für die Praxis des Oldenburgiſchen Rechts. 1. Bd. S. 56. „Nur bei der actio de peculio iſt nicht von der condictio die Rede, und zwar weil hier die consumtio nie ſchaden konnte, da man die actio rei iudicatae de peculio mit dem nämlichen Erfolge anſtellen konnte, wie die urſprüngliche actio adiecticiae qualitatis."

kann unter Umſtänden de peculio geklagt werden, wie ich gezeigt habe. Wo nun der Vater de peculio haftet, iſt der Grund derſelbe, wie wenn er quod iussu u. ſ. w haftet: ſein Wiſſen und Wille. Der Unterſchied liegt nur in dem Umfang der Haftung, die je nachdem limitirt oder illimitirt iſt. Alſo trifft auch für die actio de peculio zu, was Juſtinian ſchreibt: tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Daß auch an Stelle der tributoria actio das „directo condicere“ nicht verneint ſein kann, darf noch weniger bezweifelt werden, obwohl Savigny und Ruhſtrat auch hier conſequent es verneinen müßten. In welcher Weiſe iſt nun das „directo condicere“ zu verſtehen? Soll auch condicirt werden können, obwohl adiecticia qualitas nicht vorhanden iſt? So ſcheint es nach Savigny, weil er Alles auf den Eigenthumserwerb ſtellt. Aber es kann doch nur bedeuten, daß, wo adiecticia qualitas vorhanden iſt, auch ohne dieſe die Civilklage anzuſtellen iſt; alſo die formale Aufnahme der adiecticia qualitas in die Formel, in die Klage iſt nur nicht nöthig,[5]) die bloße condictio mutui ohne das Daſein der adiecticia qualitas iſt unmöglich. Den Vortheil des directo condicere ſehe ich nicht bloß, wie Ruhſtrat, darin, daß nun durch die Klage gegen das Hauskind nicht mehr die Klage gegen den Vater conſumirt wurde, ſondern vor Allem darin, daß nun die Klage gegen den Vater nicht mehr durch Angabe einer falſchen adiecticia qualitas ausgeſchloſſen werden konnte: die adiecticia qualitas kam nun erſt in iudicio zur Sprache, und der Kläger konnte alſo bis zur sententia variiren. Wie man aber darauf kam das directo condicere zu geſtatten, erkläre ich einfach daraus, daß, wie direct der Hausvater berechtigt wird, er auch

[5]) So verſteht auch ſchon die Gloſſe zu § 8 I. cit. „directo condici“ i. e. non adhibita hac adiectione; und zwar auch im Fall der tributoria und de peculio actio.

direct aus den Geſchäften ſeines Hauskindes verpflichtet werden ſoll, wenn nur objectiv eine adiecticia qualitas vorhanden iſt. Damit ſtimmt überein, daß das directo condicere nur vorkommt, wo ein Hauskind oder Sclave contrahirt,[6]) nicht wo ein freier Stellvertreter das Geſchäft ſchloß. Nur die Paralleliſirung der directen Verpflichtung mit der directen Berechtigung des Vaters war der Grund dieſes Dogmas; nicht die Härte der Grundſätze von der Conſumtion, wie Ruhſtrat meint. Daß die Conſumtionsgrundſätze dadurch geändert wurden, war nur die Folge jenes Dogmas, nicht der Zweck. —

§ 14. Beſchränkung des Senatusconſults auf mutua pecunia.

Der Senat motivirt ſeinen Beſchluß ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset actio petitioque daretur durch die Thatſache: „Cum inter sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet, placere.“ — Das Motiv iſt ein ſehr allgemeines: das aes alienum der Hauskinder ward für den Macedo eine sceleris causa; das aes alienum iſt allgemein zu verſtehen als jegliche Schuld. Beiſpielsweiſe führt der Senat das pecu-

---

[6]) So § 8 I. cit. — l. 29 D. de reb. cred. 12, 1. — l. 17. § 4. 5. D. de instit. act. 14, 3. — l. 84 D. pro socio 17, 2. — l. 19. § 3 D. de iudic. 5, 1. — l. 4. § 3 D. de edendo 2, 13. — Gar nicht hierher gehört, obwohl von Savigny a. a. O. S. 34. Note bb. und dd. für das directo condicere und für die Beſchränkung des § 8 I. auf's Darlehen angezogen, l. 5. pr. D. quod iussu 15, 4.: hier contrahirt das Hauskind gar nicht, ſondern nimmt nur Zahlung entgegen „imo hoc casu de iussu actio non competit.“ Alſo das Hauskind könnte gar nicht haften; und die Frage iſt doch bloß, ob der Vater directo obligirt werde, weil und wenn es ſein Kind iſt. —

niam incertis nominibus credere an; es ist jedenfalls nicht nothwendig, dabei an Darlehensschuld zu denken. Im gewöhnlichen Leben wird wohl pecuniam credere dem pecuniam dare (credendi causa) gleich gebraucht;[1]) aber die Kanzleisprache des Senats muß es rechtfertigen, wenn wir das credere pecuniam nicht auf eine Species beschränken. Der angeführte Fall des Senats ist z. B. vorhanden, wenn Jemand dem Hauskind eine schwerlich exigible Forderung cedirt und sich von demselben eine gleiche Summe stipulirt. Die Cession des incertum nomen ist das Zahlungsmittel, um das pecuniam credere zu bewirken.[2])

Der Beschluß des Senates trifft aber, dem allgemeinen Motiv gegenüber, nur eine Species des aes alienum, der pecunia credita der Hauskinder: das mutuam pecuniam dare. Der Senat theilt also die Schulden der Hauskinder in zwei Klassen, in solche, die ihren Grund in data pecunia haben, und in solche, die ohne data pecunia bestehen. So schreibt Ulpian in l. 3. § 3 D. h. t. Is autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non

---

[1]) So faßte man ja auch den Inhalt des Senatusconsults: vulgo dicitur filiofamilias credi non licere l. 4 D. h. t. — Ueber die Zeit des Senatusconsultes ist Streit. Ich setze es unter Vespasian, weil der Bericht bei Suet. Vesp. 11. mit dem Text des Senatusconsults besser stimmt, als der Bericht bei Tac. Ann. XI. 13, wornach es in die Zeit des Claudius fällt. — Der Streit, ob Macedo der foenerator oder Hausſohn sei, ist den Worten des Senatusconsultes gegenüber unmöglich und wäre ohne Theophilus (IV. 7. § 7.) schwerlich entstanden. Das Richtige hat schon die Glosse, ebenso Brissonius, de verb. sign. v. Macedo. Dagegen Glück, S. 303—8.

[2]) Glück XIV. S. 304 erklärt nach Hommel, de mutuo fil. fam. Lips. 1726 jenes Beispiel von einem Darlehen auf einen ungewissen Zahlungstermin. Das scheint mir aus sprachlichen Gründen unmöglich, s. Dirksen, manuale v. nomen § 3. — Heineccius, antiquit. VI. 7. § 8. erklärt: nominibus non bonis sub usuris immodicis credere; auf die „usurae mordacissimae" kommt es nicht an. Im Uebrigen ist nicht klar, wie er jenes Beispiel des Senates versteht.

qui alias contraxit, puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit. Nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est, et ideo etsi in creditum abiit filiofamilias vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit cessat senatusconsultum. Die Erinnerung Ulpians „etsi in creditum abiit filiofamilias vel ex causa emtionis“ gewinnt gegenüber dem allgemeinen Motiv des Senates und dem pecuniam credere eine besondere Bedeutung und mag wohl meine Auffassung bestätigen.

Wie erklärt sich nun diese Scheidung und die Beschränkung des Senates auf mutua pecunia data, da doch das Motiv einen allgemeineren Beschluß erwarten ließ?[3]) Ich erkläre dies aus der Beziehung der pecunia data zu allen anderen Geschäften, ich möchte sagen aus der ökonomischen Natur. Wer Geld in die Hände eines Hauskindes bringt, setzt dasselbe in den Stand, alle möglichen Schulden zu decken und alle möglichen Schulden zu contrahiren. Indem der Senat hierauf seinen Beschluß beschränkte, traf er also doch dasjenige Geschäft, welches mehr oder minder alle anderen Verkehrsbeziehungen vermittelt. Dazu kommt, daß das Contrahiren durch pecunia data nur in der Person des Gläubigers, nicht des Schuldners eine Schranke hat. Aus dieser ökonomischen Natur des pecuniam dare erhellt, theils wie groß die Versuchung gerade zu diesem Geschäfte ist, theils wie auch die Gefährdung des Hauskindes und des Vaters hier noch bestimmter hervortritt, als in den anderen Fällen des creditum. Weniger Gewicht lege ich auf einen anderen Unterschied jener

[3]) Donellus, XII. c. 24. § 14. schließt sich ganz an den pragmatischen Grund Justinian's in § 7 I. quod cum eo 4, 7. und bemerkt darnach: duas res causam dedisse senatusconsulto, luxuriam filiorumfamilias et periculum quod inde nascitur parentibus. — Hoc periculum duplex: unum existimationis, alterum vitae.

beiden Klaſſen, obwohl an ihn mitgedacht werden kann. Der Schuld eines Hauskindes ex emto, conducto u. ſ. w. entſpricht meiſt eine Berechtigung des Vaters gegen den Gläubiger; ebenſo wenn das Hauskind als socius, als Bürge, Mandatar, negotiorum gestor obligirt iſt. Dies ſcheint nur Schwierigkeit zu machen, wenn durch stipulatio, literarum obligatio das Hauskind obligirt iſt. Aber entweder iſt die stipulatio nur die neue causa einer alten Schuld und dem Vater kann die der alten Schuld entſprechende Berechtigung nicht entzogen werden;[4]) oder die stipulatio beſteht ohne materielle causa, ſie wäre alſo Schenkungs halber vollzogen und darum ipso iure ungültig, oder wenn nicht donandi animo, wäre ſie ope exceptionis (doli) ungültig. Ganz anders ſteht es bei dem Darlehen; hier kann der Vater niemals zu einer ſelbſtſtändigen Berechtigung gegen den Gläubiger gelangen, es iſt immer nur Verpflichtung möglich. Inſoweit nun durch die anderen Contracte dem Vater ein Klagerecht erworben wird, laſſen ſie ſich alle unter den Geſichtspunkt eines formalen in rem versum bringen; das iſt bei dem Darlehen an ſich nie der Fall.

Iſt der Grund für dieſe Beſchränkung des Senatusconſults in jener ökonomiſchen Natur der mutua pecunia data zu ſuchen, ſo erklärt ſich leicht, warum nicht unterſchieden wird, wer das Geld zahlte, ob das Geld auf Zinſen ſteht[5]) oder nicht und welche Bedingungen daneben überhaupt geſtellt wurden.

Die Beſtimmung des Senates „ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset actio daretur“ iſt nun näher zu beſprechen. Der Senat verweigert die Klage aus einem Geſchäft, das in einer Geldzahlung an ein Hauskind beſtand. Darin ſind

---

[4]) l. 23. 34 pr. D. de novatt. 46, 2.

[5]) l. 7. § 9 D. h. t. — l. 15 eod. Nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus an civitas; nam in civitate quoque senatusconsultum locum habere Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

zwei Momente enthalten: Geldzahlung zum Zweck der Verpflichtung auf eine bestimmte Summe und zwar Geldzahlung an das Hauskind.

§ 15. Geldzahlung zum Zweck der Verpflichtung.

Ulpian sagt zwar: pecuniae datio perniciosa visa est. Aber darin allein, daß das Hauskind Geld auf die Hand bekommt, hat der Senat das Gefährliche nicht gesehen. Die Fassung des Senatusconsultes hätte sonst ganz anders lauten müssen; etwa placere ne pecunia numeretur. Erst so wäre der criminal-polizeiliche Zweck, der als leitender Gesichtspunkt des Senatusconsultes betrachtet wird, erreicht worden; die Wirkung des Beschlusses wäre dann freilich eine ganz andere geworden. Auch wer dem Hauskinde Geld schenkt, wer es zum Mandatar zum incasso macht, wer Geld giebt damit Etwas geschehe (do ut faciat), hätte nun gegen den Beschluß des Senates gehandelt. Nach Donellus[1]: „Ubi non acceperint, nihil erit quod consumant" ist es auch unbegreiflich, warum der Senatsbeschluß nicht jeder Geldzahlung gelten soll. Das Mandat zum Incasso hätte auch schon dem Wortlaut des Senatusconsultes entsprochen: ne actio daretur (mandati adversus filiumfamilias); und es muß ja gleich sein, ob ich selber zahle oder zahlen lasse.

Also nicht jede Geldzahlung trifft der Senat, sondern nur diejenige, die den Uebergang des Eigenthums bezweckt: qui dedisset. Uebergang des Eigenthums am Geld ist nicht möglich, wenn nicht tradirt wird; sonach ist bei data pecunia zu denken an numerata pecunia. Der Senat hätte auch das Wort „numerare" gebrauchen können, wenn dieses ein juristischer Begriff wäre und den Eigenthumsübergang andeutete. Umgekehrt

[1]) XII. c. 24. § 14. 18.

liegt im dare pecuniam das numerare. Hiernach ist das Mandat zum Incasso ausgeschlossen; die Zahlung zum Zweck der Schenkung oder ut aliquid fieret dagegen wäre darunter mitbegriffen.

Aber auch die Geldzahlung mit Eigenthumsübergang allein ist nicht, was der Senat meint; sondern nur eine solche Geldzahlung mit Eigenthumsübergang, die verpflichten soll auf Rückzahlung von Geld. Qui mutuam pecuniam dedisset. Damit ist die Zahlung ausgeschlossen donandi animo oder ut aliquid fieret; aber wenn das Mandat zum Incasso den Sinn hat, daß der Mandatar die Summe in rem suam, als Darlehen, behalte, so ist die Voraussetzung des Senatsbeschlusses vorhanden. Donellus[2]) ist hier anderer Ansicht, bloß deßhalb, weil damit „ad corrumpendum filiumfamilias“ Nichts geschähe. „Si primo coeperit debere pecuniam ex alia causa, deinde convenerit ut eam retentam sibi mutuam haberet, placeat nihilominus eum pariter teneri, l. 3. § 3 D. h. t. l. 3 C. h. t. Atqui hac conventione posteriore pecunia mutua facta est, l. 15 D. de reb. cred. 12, 1. Sed non est data, et ideo cessat senatusconsultum. At enim, dicat aliquis, nihil interest, utrum dem tibi pecuniam, an meam quae apud te erat velim apud te esse, ut tua fiat aut fiat mutua, l. 9. § 9 D. de reb. cred. 12, 1. Dicendum est, nihil interesse ad dominium transferendum aut mutuum constituendum; ad sententiam autem scti i. e. ad corrumpendum filiumfamilias multum interest. Nam cui pecunia datur mutua, is accipit quod consumat. Hanc consumtionem impedire voluit senatus. At cui pecunia non datur, sed quae iam illius erat ei permittitur, hic nihil accipit quod possit consumere, nec magis habet ex hac conventione quam prius.“ Daß Donellus auch ein Eincassirungsmandat in rem suam vor

[2]) XII. c. 24. § 16.

Augen hat, beweist außer der allgemeinen Fassung „ex alia causa“ das Citat der l. 15 D. de reb. cred. und der l. 9. § 9 D. eod., in welcher letzteren Stelle der damit verwandte Fall eines Geld-Depositum vorliegt, das in ein Darlehen übergeht. In beiden Fällen aber ist „data pecunia“, wie Ulpian in l. 15 D. cit. wörtlich, in l. 9. § 9 D. cit. umschreibend sagt „animo coepit possidere“, nicht bloß mutua pecunia facta. Ganz anders liegt der Fall, den l. 3. § 3 D. h. t. und l. 3 C. h. t. bespricht: wo der Kaufpreis durch Stipulation versprochen wird —. licet coeperit esse mutua[3]) pecunia —, da kommt ein Eigenthumswechsel nicht vor und ist auch nicht möglich, weil der Käufer den Kaufpreis schon im Eigenthum hat und ihm nicht gegeben werden kann, was er schon hat. Uebrigens ist der Unterschied von mutua pecunia facta und data nicht haltbar; das fieri ist nicht denkbar ohne datio d. h. ohne Eigenthumsübergang. Ob die Baarzahlung eine gegenwärtige ist oder der Besitz fremden Geldes durch einen späteren Akt in Eigenthum übergeht, begründet weder jenen Unterschied noch eine verschiedene Beurtheilung gegenüber dem Senatusconsult. Endlich würde jedenfalls das Mandat zum Incasso in rem suam und der verwandte Fall des Depositum als ein Act in fraudem legis unter das Senatusconsult fallen.

---

[3]) Hier ist der Ausdruck nur übertragen; die Klage, condictio certi, ist nun dieselbe als läge ein mutuum vor. Vgl. Savigny, System V. S. 532—535. Zu weit geht Savigny, wenn er auch hier eine „wahre Darlehensschuld“ annimmt, um zu beweisen, daß die Stipulation die Fiction eines Darlehens bezeichne. Die stipulirte Kaufsumme ist nur credita pecunia, wird aber juristisch behandelt wie mutuum: nur dies sagt Ulpian. Ich halte es für sehr bedenklich, mit Savigny S. 534. aus dem Sprüchwort „filio credi non licere“ den Beweis zu nehmen, daß die Stipulation gleich mutuum sei, weil sie dem creditum gleich stehe. Jenes Sprüchwort ist ja nur eine ungenaue Wiedergabe des Senatusconsultes; ungefähr wie wenn wir sagten: „dem Hauskinde dürfe nicht creditirt“ werden. Wie darf dies zur Beweisführung benutzt werden?

Nachdem ich die einzelnen Momente des Satzes „qui mutuam pecuniam dedisset“ dargelegt habe, bleibt nur übrig, diesen Satz im Ganzen noch zu betrachten. Object des mutuum kann Geld und jede andere fungible Sache sein. Der Senat hat also nicht das mutuum (mutuam rem) schlechthin meinen können, obwohl auch hier ein dare die Voraussetzung und eine Verpflichtung auf Geld in Folge der Sentenz die mögliche Folge ist. Jene Worte weisen auf eine Species des mutuum und sind also auf baares Geld zu beziehen.[4]) Nach der allgemeinen Regel aller Prohibitivgesetze, jeden Rechtsbegriff thatsächlich aufzufassen, folgt nun aber, daß die „mutua pecunia“ in diesem Falle nicht formell zu nehmen ist wie bei dem Realcontract des mutuum, sondern materiell. Mit anderen Worten, die „causa“ obligationis ist dem Senat gleichgültig. Die Voraussetzung ist nur, daß fremdes Geld in das Eigenthum des Hauskindes kam, um dasselbe auf Rückzahlung des gleichen Betrages zu verpflichten. Das ist möglich, auch ohne daß das Geschäft unter den formellen Gesichtspunkt des mutuum fällt; es wird dies nur der regelmäßige Fall sein. Weil die formelle „causa“ obligationis gleichgültig ist, so folgt daß die Art der Klage gegen das Hauskind nicht entscheidet. Allgemein heißt es: ne actio petitioque daretur. Es macht also keinen Unterschied, ob die Klage ist condictio certi ex mutuo, condictio certi ex stipulatione (lit. obl.), actio praescriptis verbis, actio depositi u. s. f., wenn nur der thatsächliche Grund der Obligatio („origo“) auf eine Uebertragung des Eigenthums am Gelde zurückzuführen ist. Diese Auffassung des Senatusconsultes wird noch bestätigt durch ein Rescript von Severus und Antoninus. Für die condictio certi ex stipulatione konnte Zweifel entstehen; sie ist gerade so

[4]) l. 7. § 3 D. h. t. — Sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri; ait enim senatus: mut. pec. ded. — Mit Recht bemerkt Donellus, XII. c. 24. § 18. daß sonst genügt hätte „uno verbo prohibere dari mutuum.“

beſchaffen wie die condictio certi ex mutuo, mag nun thatſächlich ein dare vorgekommen ſein oder nicht. Die Kaiſer reſcribiren nun:

l. 3 C. h. t. 4, 28. Si filiusfamilias aliquid mercatus pretium stipulanti venditori cum usurarum accessione spondeat,[5]) non esse locum senatusconsultum quo foenerare filiisfamilias est prohibitum nemini dubium est; origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est.

Das heißt doch: dem Senatusconſult gegenüber iſt der Name der Klage (alſo die „causa“ obligationis) gleich, das thatſächliche Moment der Obligation entſcheidet. Die Kaiſer umſchreiben den Satz des Senatusconſults: qui mutuam pecuniam dedisset. Daß ſo der Schlußſatz verſtanden und nicht auf die nova actio bezogen werde, ſcheint mir die grammatiſche Auslegung zu fordern.

Die formale causa entſcheidet alſo nicht über die Geltung des Senatusconſults. Auch wenn die Klage nicht die condictio

---

[5]) Wenn Donellus, XII. c. 24. § 16. auch hier ein „mutuum“ ſieht, ſo kann ich das nicht zugeben; auch Savigny, Syſtem V. S. 535. der dieſes Reſcript überſieht, trägt nur die Anſicht des Donellus vor. Ich kann hier nur eine Verwechſelung des creditum mit mutuum finden, worauf an dieſer Stelle nicht weiter einzugehen iſt. Ob hierauf Huſchke, Nexum S. 147. Note 205 und S. 167. Note 249. zielt? — Donellus erklärt nun: „Hinc est altera ratio, qua hoc posterius mutuum defenditur, originem scilicet potius obligationis in hoc mutuo quam titulum actionis considerandum esse. Titulum actionis vocant Imperatores nomen actionis novae quae de ea competit.“ Aber wenn credita pecunia noch nicht iſt mutuum (l. 2. § 3. 5 D. de reb. cred. 12, 1.) ſo fällt dieſe ganze Erklärung. — Wie Donellus, auch Accursius ad l. 3. § 3 D. h. t. und Salicetus ad l. 3 C. cit. — Paulus de Castro allein erklärt meines Erachtens richtig: er ſieht in ſtipulirter Kaufſumme kein mutuum, bezieht „titulus actionis“ nicht auf die actio nova und verſteht nun den Satz „origo — consid. est“ nicht als Erklärung für die Geltung der cond. certi ex stipulatione, ſondern als Paraphraſe des „qui mutuam pec. ded.“ Als „Summa“ giebt er: In alio contractu quam mutui non habet locum exc. scti Maced.“

mutui ist, kann mithin das Senatusconsult zur Anwendung kommen. Dies trifft zu in folgenden Fällen:

a. Der Zahlung geht oft voraus oder folgt nach Stipulation (lit. obligatio [arcarium nomen] — Wechsel). Das Senatusconsult gilt, wenn nur an das Hauskind[6]) gezahlt wurde, obwohl die Klage nicht ist condictio mutui, sondern condictio certi ex stipulatione. Es scheinen zwar thatsächlich zwei Geschäfte vorzuliegen; aber die juristische Betrachtung kann doch nur ein einziges darin erkennen und zwar entscheiden die römischen Juristen für „una verborum obligatio.“[7]) Wurde versprochen in Erwartung der Zahlung, der Stipulator zahlt aber nicht, so würde der Promissor entweder die cond. causa data c. n. s. oder die exc. doli haben.[8]) Der Satz gilt iure communi; also würde das Hauskind in solchem Falle, wie der Hausvater, schon nach allgemeiner Regel nicht haften (ope exceptionis doli). Die nachfolgende Zahlung hebt die exc. doli für den Hausvater, die Stipulatio gilt (effectum habet), also auch für das Hauskind.[9]) Dies ändert das Senatusconsult: die nun ipso iure geltende Stipulatio wird exceptione senatusconsulti entkräftet. Nicht weil ein mutuum vorliegt im rechtlichen Sinne: denn es ist eben verb. obligatio vorhanden; sondern weil jedes Rechtsgeschäft, dessen klagbare Geltung auf dem Eigenthumsübergang am Gelde beruht, das Hauskind nicht mehr binden soll. — Folgt die Stipulation auf die Zahlung (credendi causa), so ist auch unus contractus verborum. Man könnte an Novation denken, aber es wäre dies werthlos, weil die Klage formell dieselbe bleibt. Ueberdies kann von der Stipulation novandi causa nichts an-

---

[6]) l. 3. § 4. l. 6 D. h. t.

[7]) S. Huschke, Nexum S. 25 und 106. Note 136.

[8]) l. 4 D. de cond. c. d. 12, 4. — Gaius IV. 116. 119.

[9]) l. 6 D. h. t. — quia expleta est numeratione substantia obligationis.

deres gelten, als von der Stipulation credendi causa; ein thatsächlicher Grund ist immer nothwendig. Also gilt auch die nachfolgende Stipulation novandi causa nur um der vorausgegangenen Zahlung willen. Sonach stehen sich die beiden Fälle ganz gleich. Es entscheiden hier also allgemeine Grundsätze, die nicht erst durch Interpretation des Senatusconsults gewonnen sind. Dies zeigen folgende Stellen:

l. 6. § 1 D. de novatt. 46, 2. Quum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit (Ulp.).

l. 7 eod. Quum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari; quia id agitur ut sola stipulatio teneat et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri. (Pompon.)

und

l. 126. § 2 D. de verb. obl. 45, 1. — Superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit; nam quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione.[10]) (Paulus.)

Vergleicht man damit, was Scävola mit Bezug auf das sct. Macedonianum schreibt, so kann kein Zweifel sein, daß es sich hier um allgemeine Grundsätze handelt. Scävola schreibt in

[10]) Diese Schlußworte sind nur ein anderer Ausdruck für die Worte des Pomponius: „magis impl." rel.: es ist keine Novation. Die nachfolgende Stipulation, ohne Bezug auf die frühere Zahlung, wäre ope exc. ebenso ungültig, als die vorausgehende Stipulation ohne nachfolgende Zahlung.

l. 6. D. h. t. Contra etiam recte dicitur, si a patrefamilias stipulatus sis, credas postea filiofamilias facto, senatus potestatem exercendam, quia expleta est numeratione substantia obligationis.[11])

Wäre es bei der bloßen Stipulatio geblieben, auch nachdem der promissor wieder Hauskind geworden, so würde der promissor ope exceptionis doli nicht haften „quia non expleta est numeratione substantia obligationis"; ebenso wenn der promissor paterfamilias geblieben wäre; und ebenso wenn die Stipulation noch während der väterlichen Gewalt geschlossen wurde und nach Auflösung derselben Zahlung nicht erfolgte. Ohne Zahlung besteht zwar ipso iure für das Hauskind wie für den Hausvater die verborum obligatio, aber sie ist wirkungslos in Folge der exc. doli; durch die Zahlung erhält sie für das Hauskind wie für den Hausvater die Kraft wirksamer Klage. Nun setzen die Worte „ne actio daretur" voraus, daß iure communi die Klage Bestand hätte und nicht durch eine allgemeine exceptio entkräftet werden könnte: denn sonst ist das Hauskind gleich dem Hausvater schon „communi iure (mero iure) munitus." Folglich muß für die klagbare Geltung der promissio eines Hauskindes entscheiden, wann gezahlt wurde: denn erst damit ist communi iure wirksame Klage möglich und nun auch iure singulari „senatus potestas exercenda." Donellus und Savigny verstehen jene Stelle des Scävola ohne allen Bezug auf das commune ius. Es hängt dies damit zusammen, daß nach Donellus und Savigny bei „mutua pecunia" an den Realcontract des mutuum im formalen Sinne zu denken sei, die Klage also keine andere als die condictio mutui sein könne. Dies aber kann nicht zugegeben werden: der Senat hat keine bestimmte „causa" obligationis bezeichnet und keinen bestimmten „titulus actionis" ausgeschlossen. Warum schrieb er sonst nicht bestimmter: „ne cui

[11]) Vgl. l. 3. § 4 D. h. t. S. auch l. 47. § 1 D. de fideiuss. 46, 1.

qui mutuam pecuniam dedisset condictio mutui daretur"? Scävola bringt den Fall der promissio nur in die Lage, wo communi iure der Hausvater wie das Hauskind haften mußte; aus der bloßen promissio haften Beide exceptione doli nicht.

b. Die Worte „qui mutuam pecuniam dedisset" laſſen kein andres Reſultat, als daß nicht erſt in Folge proceſſualiſcher Regel, ſondern zu Folge des Geſchäftes die Verurtheilung, alſo die klagbare Verpflichtung nothwendig auf Geld gehe. Wenn das in den Worten gefunden werden muß und wenn es wahr iſt, daß die „mutua pecunia" nicht in der beſtimmten Geſtalt des mutuum als eines Realcontractes gemeint ſein könne, ſo folgt daß das Senatusconſult auch gelten muß, wenn das Geſchäft mit einem Hauskinde auf „mutua pecunia" materiell gerichtet iſt, obwohl es formell nicht als Gelddarlehen auftritt. So wenn das Geſchäft als Verkauf erſcheint, wenn Sachen als mutuum gegeben wurden, aber die Rückgabe in Geld bedungen wurde, gleichviel ob durch Stipulatio oder pactum adiectum. Die beiden Fälle ſehen ſich gleich; der Unterſchied liegt im äußeren Hergang: dadurch wird die „causa" des Geſchäftes und alſo die Klage eine andere. Wenn das Geſchäft als Verkauf auftritt, ut rem venderes et pretio utereris, liegt ein Innominatcontract vor: das Hauskind, das in dieſem Sinne die Sachen erhält, haftet, auch wenn es nicht verkauft und auch wenn es verkauft, aber das Geld nicht empfängt, mit der actio praescriptis verbis auf Zahlung der bedungenen Summe.[12]) Wenn es verkauft und der Käufer zahlt, ſo iſt in Wahrheit „mutua pecunia facta d. h. data"[13]): ob dann cond. mutui Statt habe oder a. praescr. verbis konnte gefragt werden. Für das Senatusconſult kommt dieſe formale Frage nicht in Betracht. Mag bloß mit der a. praescr. verbis

[12]) l. 19. pr. D. praescr. verb. 19, 5. — Das Hauskind trägt ja auch die Gefahr l. 11. pr. D. de reb. cred. 12, 1.

[13]) l. 11. pr. D. de reb. cred. 12, 1.

geklagt werden können oder zweifelhaft sein, ob, weil wirklich der Kaufpreis gezahlt wurde, auch die condictio zulässig sei, in beiden Fällen gilt das Senatusconsult. Ein „dare“ liegt in beiden Fällen vor, zwar nicht data pecunia, aber das „dare“ (credendi causa) wird so verstanden, daß nur in Geld zurückgezahlt werde: damit tritt der Fall mit dem des Senatusconsultes im praktischen Resultat auf gleiche Linie. Ob nun verkauft wird, ob das Hauskind zum Genuß des Geldes nicht komme, weil es nicht verkauft oder weil der Käufer nicht zahlt, kann nicht kümmern. Entscheidet doch auch bei pecunia data nicht, ob das Hauskind zum Genuß nicht kam z. B. weil es das Geld verlor, weil ihm dasselbe gestohlen wurde. Daß das Hauskind durch die datio Eigenthum erwirbt und die Gefahr nun trägt, ferner daß die datio eine Verpflichtung auf Rückgabe in Geld begründet, das ist das juristisch Entscheidende. Von diesem Fall schreibt nun Ulpian ohne alle Unterscheidung:

> l. 3. § 3 D. h. t. — Quod ita demum erit dicendum si non fraus senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.

Ich bemerke zu dieser Stelle nur noch: Ist die Sache nicht verkauft und noch im Besitz, so wird der Gläubiger gegen die exc. scti Maced. die replica doli haben und jedenfalls auf Herausgabe der Sache klagen können. Ist verkauft, aber der Kaufpreis nicht gezahlt, so wird der Gläubiger gegen die exc. scti die replica doli haben auf Prästation der actio venditi.

Im andern Fall, wenn ein Darlehen in Sachen gegeben, aber Rückgabe in Geld bedungen wurde, ist ein Darlehen von Anfang vorhanden (mutuum datum est): die condictio mutui unzweifelhaft. Aber die Geltung des Senatusconsults hängt davon ab, ob das mutuum an Sachen den Gebrauch derselben oder den Geldwerth derselben zum Zweck hatte. Ist der zweite

Zweck vorhanden, ſo gilt das Senatusconſult; iſt der erſte Zweck vorhanden, ſo gilt es nicht, auch wenn die Rückgabe in Geld bedungen wurde. Im letzteren Falle hätte die Verabredung nur den Zweck der Aeſtimirung und würde das „frumentum, vinum, oleum mutuum datum“ meiſt unter den Geſichtspunkt des in rem patris versum fallen. So erkläre ich

l. 7. § 3 D. h. t. — sed si fraus sit senatusconsulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filiofamilias. (Ulp.)

Auf den Erlös des Geldes kann es hier ſo wenig ankommen, wie im vorigen Fall bei der actio praescriptis verbis.

c.) Ebenſo muß das Senatusconſult gelten, wenn Geld bei einem Hauskinde ſo deponirt worden, daß nur die gleiche Summe zurückgegeben werde. Die Klage würde hier die actio depositi ſein.[14])

Den Fall unter c. erwähnt weder Ulpian noch Donellus; Beide aber müßten denſelben, wie den Fall unter b., als in fraudem legis actum bezeichnen und darum gleich behandeln. Dabei fällt auf, warum nicht auch in den Fällen unter a. ein in fraudem agere geſehen wird: denn durch die Stipulation wird die condictio mutui eine cond. certi ex stipulatione, wie in den anderen Fällen ein andrer formaler Klaggrund entſteht. Aber mutua pecunia data iſt vorhanden auch ohne mutuum und ohne daß die formalen Grundſätze des mutuum z. B. in Betreff der Zinſen gelten; ſie iſt überall da vorhanden, wo das Eigenthum am Geld und damit die Gefahr überging. So ergiebt ſich nach der Regel über Interpretation von Prohibitivgeſetzen das obige Reſultat: die exceptio senatusconsulti hat das

[14]) l. 24 D. depositi 16, 3.

Hauskind nicht bloß gegen die condictio mutui, wie die Theorie allgemein lehrt,[15]) ſondern auch gegen jede andre Klage, deren thatſächlicher Grund in der unmittelbaren oder mittelbaren Eigenthumsübertragung des Geldes liegt, mag die causa obligationis auch nicht die causa mutui ſein. Dies Reſultat entſpricht der allgemeinen Faſſung: Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset actio petitioque daretur.

Zum Schluß erinnere ich nur noch einmal an die Worte Ulpians in l. 3. § 3 D. cit. — „et ideo etsi in creditum abii filiofamilias vel ex causa emtionis vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatusconsultum.“ Aus den Worten „vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi“ ergiebt ſich durch ein argumentum a contrario ohne allen Zwang: in quovis contractu in quo pecuniam numeravi (dandi credendive causa) non cessat senatusconsultum. Denn da iſt mutua pecunia data vorhanden; und die formale causa obligationis iſt gleichgültig, ſagt Ulpian. So ſind dieſe Worte Ulpians eine genaue Interpretation und beſtätigen die Regel, daß bei Prohibitivgeſetzen der Rechtsbegriff thatſächlich aufzufaſſen und alſo mutua pecunia nicht formell zu nehmen ſei wie bei dem Realcontract des mutuum.

---

[15]) Z. B. Donellus, XII. c. 25. § 4. — Puchta § 306. Dieſe Beſchränkung erklärt ſich daraus, daß man bei mutua pecunia an die species mutui im formalen Sinne eines Realcontractes dachte. Deutlich erhellt dies aus Donellus, XII. c. 24. § 15. Tertium est in prohibitione scti, quod vetat non contrahi cum filiofamilias, sed filiofamilias mutuum dari. § 18. Quarto loco expendatur, sctum non vetare quodvis mutuum, sed tantum mutuam pecuniam. — Zu unbeſchränkt wieder iſt die Summa des Baldus zu l. 3 C. h. t. (S. 77.): „Si obligatio est licita in origine, est simpliciter licita in actibus consecutivis.“

§ 16. Geldzahlung an das Hauskind.

Der vorige Paragraph beſchränkte ſich auf die Worte des Senates „qui mutuam pecuniam dedisset.“ In dieſem Paragraphen iſt die Zahlung an das Hauskind näher zu betrachten. Es ergeben ſich zwei Seiten der Betrachtung.

Erſtens. Der Senat ſagt: filiofamilias. Einem Prohibitivgeſetz gegenüber darf wohl gefragt werden, ob dieſer Ausdruck ſtreng zu verſtehen, oder ob und warum er allgemein zu nehmen ſei. Der Grund des Donellus,[1]) daß „filiusfamilias“ communi iure auch die filiafamilias und die nepotes in avi potestate u. ſ. w. bezeichne, ſcheint mir einem ius singulare gegenüber nicht auszureichen, ja nicht zu treffen. Wenn kein andrer Grund angegeben werden könnte, ſo müßte ich behaupten, daß der Ausdruck „filiusfamilias“ ſtreng und thatſächlich genommen werden müſſe. Der Zweck des Senatusconſultes allein rechtfertigt es, daß der Ausdruck gleichwohl auf Alle bezogen wird, die in der väterlichen Gewalt ſtehen, ohne Unterſchied des Geſchlechts und des Grades. Dieſer Zweck mit Rückſicht auf den Vater war: den Vater vor der actio de peculio zu ſchützen. Darin liegt: das allgemeine Wiſſen und der allgemeine Wille, der ſonſt den Vater de peculio haftbar macht, reicht bei Obligationen des Hauskindes aus mutua pecunia data nicht mehr aus. Es genügt, mit Ausnahme der merx peculiaris,[2]) alſo nur ein ſpecieller Wille (iussus, Procura, wenn gleich dieſe generell geſtellt werden können). Das Erforderniß des ſpeciellen Willens iſt nur da juriſtiſch möglich, wo auch verweigert werden

[1]) XII. c. 24 § 8. 9. — Glück XIV. S. 308. geht über die Frage ganz hinweg und citirt l. 201 D. de verb. sign. 50, 16., würde alſo wie Donellus erklären.

[2]) § 11. S. 55.

kann. Folglich ſoweit Verweigerung juriſtiſch von Einfluß wird, ſoweit auch greift das Senatusconſult. Aus dieſem Grund muß der Ausdruck filiusfamilias auf Alle bezogen werden, die in väterlicher Gewalt ſtehen: denn ſoweit iſt die Verweigerung von juriſtiſchem Effect. Gerade in dieſer Beziehung auf Peculium und den ſpeciellen Willen bringt Ulpian in l. 9. § 2 D. h. t. die Anwendung des Senatusconſultes auf Haustöchter (S. 58), und Julian in l. 14 D. h. t. auf Hausenkel u. ſ. w.: Dixi etiamsi verbis senatusconsulti filii continerentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere; iussum autem huius patris non efficere, quominus contra senatusconsultum creditum existimaretur, quum ipse in ea causa esset ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non possit. Und in eben dem Zuſammenhange finden wir auch in l. 6 C. h. t. 4, 28. die Ausdehnung auf nepotes: in l. 6 pr. ſchicken die Kaiſer Philippus den Satz voraus, daß aus mutua pecunia data an den „Sohn" „actio de peculio efficaciter dirigi nequaquam potest." Darauf heißt es § 1: Quod scti auxilium licet filiifamilias meminit, et ad nepotes et pronepotes porrigitur. Wir können nun auch ſo ſagen: der Senat habe durch den Ausdruck „filiusfamilias" nur das Daſein der väterlichen Gewalt bezeichnen wollen. Denn ſoweit beſtehen Peculiarbeziehungen und ſoweit iſt Verweigerung resp. iussus im Gegenſatz des gemeinrechtlichen Mandats möglich. Dieſe allgemeine Faſſung giebt denn ſelbſt der Senat: „ne cui, qui filiofamilias m. p. d., etiam post mortem parentis eius cuius in potestate fuisset actio petitioque daretur."[3]) Es folgt

[3]) Auch Donellus, XII. c. 24. § 9. hebt dies endlich hervor, um ſeine Begründung aus dem commune ius zu beſtätigen „Non dixit senatus post mortem patris, sed parentis generaliter, ut intelligeremus filiifamilias appellationem referri ad omnem qui fuisset in potestate parentis cuiuscunque, ac non patris tantum ut huic pecuniam credere non liceat ex senatusconsulto."

daraus, daß der Wechſel der väterlichen Gewalt keinen Unterſchied machen kann. Daher

l. 7. § 4 D. h. t. Si filius in alterius erat potestate quum mutua daretur, nunc in alterius, mens senatusconsulti non cessat; dabitur itaque exceptio.[4])

§ 17. Fortſetzung. Geldzahlung an das Hauskind.

Wichtiger iſt die zweite Seite der Betrachtung, worauf die Worte qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset führen. Das Hauskind ſoll durch mutua pecunia data Schuldner geworden ſein. Die Frage iſt, in welcher Weiſe iſt dieſe Schuld zu verſtehen? Genügt es auch, wenn nur das Hauskind formell verpflichtet iſt, materiell aber nicht? Formell nur verpflichtet iſt, wer den Regreß gegen einen Anderen hat, ſei es vor der Zahlung, ſei es nach derſelben. Materiell verpflichtet iſt, wer keinen Regreß hat oder vielleicht ſelbſt vom Regreß bedroht iſt; dabei kann es nicht darauf ankommen, ob er principaliter oder acceſſoriſch verpflichtet iſt und wie er überhaupt formell, iure, verpflichtet gilt. Wer in dieſem Sinne materiell verpflichtet iſt, der iſt thatſächlich allein obligirt und zahlt auf eigene Rechnung. Nach der Regel über Interpretation der Prohibitivgeſetze kann es nicht zweifelhaft ſein, daß die Verpflichtung des Hauskindes materiell genommen werden müſſe. Nicht jede Geldzahlung, die das Hauskind ver-

---

[4]) Savigny, Syſtem II. S. 85. bei der Frage über die Wirkungen der capitis deminutio bemerkt: „Zwar wird auch noch in vielen anderen Fällen erwähnt, daß nach der c. d. Schuldklagen fortdauern, — theils mit dem Zuſatz, daß dagegen der Emancipirte die exc. scti Maced. haben ſolle; allein hier iſt ſtets ſchon die prätoriſche Reſtitution mit hinzu zu denken, die ja ohnehin allgemein und unbedingt ertheilt wurde.“ S. noch oben S. 34. Note 5.

pflichten ſoll, fällt unter das Senatusconſult, ſondern nur diejenige, aus welcher das Hauskind verpflichtet wird entweder ſo daß es ohne Regreß daſtände oder ſo daß es den Regreß eines Andern zu erwarten hätte. Durch die Rückſicht des Senatusconſults auf den Vater muß dieſer Satz auch für den Vater verſtanden werden. Alſo wo die Schuld des Hauskindes materiell nicht als Schuld des Hausvaters gelten kann, da kommt ebenfalls das Senatusconſult zur Anwendung: denn dann iſt das Hauskind materiell allein verpflichtet. Hieraus erklären ſich die Ausnahmen, wenn ein in rem patris versum vorliegt, wenn sciente patre contrahirt wurde, wenn in gewiſſen Fällen de peculio wenigſtens geklagt werden kann; ebenſo aber auch, daß das Hauskind z. B. als institor eines extraneus die exceptio scti hat, wie der Vater deſſelben (ſ. oben § 8). Alſo wo aus einer Geldzahlung das Hauskind materiell allein verpflichtet wird, da treffen die Worte zu „qui filio mutuam pecuniam dedisset.“ Dabei muß es gleich ſein, wie das Hauskind formell verpflichtet iſt d. h. mit welcher Klage daſſelbe haften müßte: ob als alleiniger Selbſtſchuldner, als Correus, als Bürge (ohne Regreß). Es muß auch ferner gleich ſein, wer klagt, wenn nur der materielle Grund der Klage eine Geldzahlung an das Hauskind iſt, ſo der Erbe des Gläubigers, der Correalgläubiger der nicht zahlte, oder wer auf Grund der Zahlung eines Andern ſich ſtipulirte. Und da der „titulus actionis“ überhaupt gleichgültig iſt, ſo kann es auch weiter nicht darauf ankommen, ob das Hauskind verklagt wird, oder ein Andrer, der den Regreß gegen das Hauskind nehmen würde, ſo der Vater, der Bürge, oder ein Andrer direct aus der Perſon des Hauskindes, ſo der Erbe. Alles dieſes ſcheint mir eine Conſequenz aus dem Princip zu ſein, daß die Schuld als eine materiell eigene des Hauskindes verſtanden werden müſſe; wobei nur die Vorausſetzung iſt, daß dieſe Schuld durch Geldzahlung an das Hauskind entſtand. Da aber gleichgültig iſt, wer klagt und aus welcher juriſtiſchen causa, ſo kann auch im Fall einer activen

oder passiven Correalobligation nicht die Natur dieser Obligationsart, sondern nur jenes Princip über die Geltung und Nichtgeltung des Senatusconsults entscheiden. Ulpian hat nur gerade an dem Beispiele der Correalobligation und an dem damit verwandten Fall der Bürgschaft jenes Princip deutlich ausgesprochen. Nach Donellus und Glück, der sich ganz an ersteren anschließt, hat es den Schein, als ob hier die Natur der Correalobligation die Entscheidung an die Hand gäbe. Daß dem nicht so ist, wird sich ergeben, wenn wir alle hier möglichen Fälle unter die zwei allgemeinen Gesichtspunkte bringen. Hiernach ist entweder der Kläger ein Andrer als der welcher zahlte, oder der Beklagte ist ein Andrer als der welchem gezahlt wurde.

Erstens. Der Kläger ist ein Andrer als der welcher zahlte. Der einfachste Fall ist, als Kläger tritt auf der Erbe des Gläubigers. Hier ist es klar, daß die Klage kein selbstständiges Fundament hat und auf die Zahlung des Erblassers zurückgehen muß, wenn die Klage iure begründet sein soll. Aber es ist auch möglich, daß die Klage dessen, der nicht zahlte, eine eigene iure genügende causa obligationis hat: im Kläger ist ein selbstständiger formaler Obligationsgrund vorhanden, der materielle Zusammenhang des Klaggrundes mit dem Obligationsgrunde ist nicht, wie bei der Klage des Erben, die Voraussetzung für die formale Gültigkeit der Klage. Aber thatsächlich stellen sich die Fälle der zweiten Art doch dem ersten einfachen Fall ganz gleich. Denn die Klage dessen, der nicht zahlte, soll die Thatsache zur Seite haben, daß ein Andrer zahlte; ob dieser Andre selber das Klagrecht hat oder nicht, ist dabei ganz gleichgültig. Es entscheidet, daß, wenn er das Klagrecht hat, die Klage doch nur wirkt, weil er zahlte; und daß, wenn er das Klagrecht nicht hat, die Klage des Anderen auch nur wirkt, weil Jener zahlte. Ob der Kläger, der nicht zahlte, nun wußte, daß der Beklagte Hauskind zur Zeit des Contractes war oder nicht, kann ebenso wenig einen Unterschied machen, wie in dem Fall wenn der Erbe des Gläubigers

als Kläger auftritt. Es entſcheidet allein, daß aus einer Geldzahlung an ein Hauskind geklagt wird: und hierin ſtehen ſich die gedachten Fälle gleich, materiell, nicht formell. Ulpian ſtellt auch dieſe Fälle zuſammen in

l. 7. § 6. 7. D. h. t. Non solum ei qui mutuam dedisset sed et successoribus eius deneganda est actio. § 7. Proinde et si alius mutuam dedit alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio licet hic non dederit. Sed et si alteruter eorum ignoravit in patris potestate esse se, verius dicendum est utrique nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi.

Donellus[1]) erklärt die Geltung des Senatusconſultes in den in § 7. vorausgeſetzten Fällen aus der Natur der Correalobligation und verwirft den anderen von Glück wieder geltend gemachten Grund aus dem Wiſſen des einen Correalgläubigers. Wie Donellus ſo erklärt auch Glück die exceptio scti in dieſem Falle daraus, daß wenn der Schuldner von dem einen Correalgläubiger befreit werde, er es auch von dem andern ſei. Dabei ſetzt aber Donellus voraus, daß der zuerſt klage, der wiſſentlich dem Hauskinde Geld zahlte. Zu dieſer Vorausſetzung giebt Ulpian keinen Anlaß. Nach Donellus müßte das Senatusconſult nicht gelten, wenn der Correalgläubiger zuerſt klagt, der nicht zahlte oder von der Hauskindseigenſchaft des Schuldners Nichts wußte. Aber gerade Ulpian ſagt wieder ganz beſtimmt, daß es nicht darauf ankomme, wer von Beiden die Hauskindseigenſchaft

[1]) lib. XII. c. 26. § 8. — „non tam alteri nocet scientia unius, quam nocet coniunctio obligationis“ — „non contingere ex alterius rei credendi scientia, sed ei qui sciat esse filiumfamilias eum cum quo contrahit nocere scientiam suam, ut sic ab eo prius liberetur filiusfamilias. Ab hoc liberatum sic deinde consequi, ut propter coniunctionem obligationis liberetur quoque ab altero“ und ibid. § 10. — „Ut enim cum debitor ab uno ex duobus reis credendi liberatus est, simul liberatur ab utroque“ rel.

des Schuldners gekannt habe oder nicht. Und auch Donellus dürfte zu jener Consequenz nicht gelangen, wenn er an einer andern Stelle[2]) die Geltung des Senatusconsultes im Fall einer Correalobligation erklärt: „ambo numerasse ideo videntur quia in horum obligatione una res versatur.“ Diese Erklärung selbst aber halte ich für unrichtig. Nicht die Fiction der Zahlung führt zur Anwendbarkeit des Senatusconsultes; denn dann müßte auch gegen die Klage wegen stipulirter Kaufsumme die exc. scti Statt haben. Es findet aber überhaupt diese ganze Deduction aus der Natur der Correalobligation in den Worten Ulpians keine Unterstützung. Mit Unrecht versteht Donellus[3]) das Beispiel „si alius mutuam dedit alius stipulatus est“ von einer Correalobligation: wozu schrieb dann noch Ulpian „idem est et in duobus reis stipulandi“? Es sind darunter bestimmt zwei verschiedene Fälle zu verstehen. Für beide Fälle gleich muß gelten, daß nicht in Frage kommt, ob wer zahlte oder wer klagte von der Hauskindseigenschaft des Schuldners wußte. Es genügt, daß Einer es wußte und daß an das Hauskind gezahlt wurde. Wenn es nun gewiß ist, daß bei den Worten si alius mutuam dedit alius stipulatus est nicht an Correalgläubiger gedacht werden darf, so ist auch gewiß, daß die Erklärung des Donellus nicht Stich hält; und es bleibt nur die von mir gegebene Erklärung möglich.

Auf welche Fälle soll nun jener Satz „si alius mutuam stipulatus est“ bezogen werden? Die Glosse erklärt: „hoc quando

---

[2]) lib. XII. c. 25. § 7. Donellus erklärt den § 6. 7. Ulpians aus dem doppelten Sinn des dare: „dandi enim significatio duplex est: naturalis et civilis.“ — „Est et altera civilis, cum is qui naturaliter non numeravit iuris tamen interpretatione et ratione perinde habetur quasi dedisset.“ Ich halte es für unmöglich, dem Wort „dedisset“ im Senatusconsult diese zwiefache Bedeutung beizulegen.

[3]) lib. XII. c. 25. § 6. — „item alius qui sibi pecuniam reddi stipulatus est cum alius pecuniam dedisset, ut sic efficiantur duo rei credendi.“

ille qui fuit stipulatus ut procurator fecit; secus si iure delegationis.“ Nach den Worten Ulpians ließe ſich auf das Eine ſo gut wie auf das Andere ſchließen. Aber der Stipulator kann doch nicht als bloßer Procurator, wenn gleich in rem suam, gedacht werden. Immer erſchiene er doch nur als ein Procurator ad agendum, der in fremdem Namen, wenn auch für eigene Rechnung klagt. Ulpian zählt aber im Erben, in den Correalgläubigern Perſonen auf, die in eigenem Namen berechtigt ſind und darum in eigenem Namen auch klagen. Dem entſprechend muß auch das Beiſpiel si alius mutuam dedit alius stipulatus est verſtanden werden. Auch könnte, wenn der Stipulator nur als Procurator gedacht würde, das Wiſſen oder Nicht-Wiſſen des Procurators gar nicht in Betracht kommen und bloß das Wiſſen oder Nicht-Wiſſen deſſen qui dedit entſcheiden. Ulpian aber ſagt: wer von Beiden gewußt habe oder nicht, ſei gleich. Dies hat nur Sinn, wenn die Klage deſſen, der nicht zahlte, einen formal-ſelbſtſtändigen Obligationsgrund[4]) hat, alſo wenn er klagt im eigenen Namen (suum negotium gerit). Es ſcheint mir alſo nur möglich, den Fall der Delegation bei Ulpian zu verſtehen. Die Stipulation geſchah novandi animo: der das Darlehen zahlte, giebt die condictio mutui auf, der Stipulator als Delegatar gewinnt die condictio certi ex stipulatione. Von dieſem Fall ſagt Ulpian: auch wenn der, welcher zahlte, die Hauskindseigenſchaft nicht kannte, der Delegatar aber kannte ſie, ſo gilt das Senatusconſult „licet hic non dederit.“ Aber ſo tritt Ulpian in offenbaren Widerſpruch mit Paulus:

l. 19 D. de novatt. 46, 2. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis

[4]) Der Stipulator als Procurator klagt zwar ex stipulatione, nicht ex mandato: aber die Stipulation hat nicht den Zweck, die Obligation des Mandanten zu heben, ſondern nur den Procurator gegen das freie Revocationsrecht zu ſichern. So iſt nun zwar der Stipulator formell im eigenen Namen, materiell aber doch in fremdem Namen berechtigt (adstipulator).

delegatus est. Idemque est in ceteris similibus exceptionibus, imo et in ea quae ex senatusconsulto filiofamilias datur; nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo qui mutuam pecuniam contra senatusconsultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatusconsultum fit, tanto magis quod hic nec solutum repetere potest.

Der Widerſpruch liegt deutlich in dem Satz: quia nihil in ea promissione contra senatusconsultum fit. Ulpian ſagt: dabitur adversus eum (qui stipulatus est) exceptio licet hic non dederit.[5]) Die Gloſſe ſucht den Widerſpruch auf die oben angegebene Weiſe zu löſen. Die neueren Schriftſteller ſcheinen den Widerſpruch nicht beachtet zu haben. Thöl[6]) citirt beide Stellen zum Beleg, daß den Delegatar Einreden aus der Schuld des Delegaten gegen den Deleganten nicht treffen. Sintenis[7]) bemerkt nur gelegentlich, es komme nicht darauf an, ob die Rückzahlung an den Darleiher oder einen Anderen verabredet worden: daraus erhellt nicht zur Genüge, wie Sintenis l. 7. § 7 D. h. t. cit. gegenüber von l. 19 D. cit. verſteht.

Daß hier ein Widerſpruch vorliegt, zeigt deutlich auch Folgendes. Paulus rechtfertigt ſeine Entſcheidung: „Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est, aut etiam si sciat dissimulare debet ne curiosus videatur.“ Paulus ſagt: ob der Delegatar es wüßte oder nicht, ihn trifft die Einrede nicht, welche der Delegat gegen den Deleganten gehabt hätte. Ulpian aber ſagt: Sed et si alteruter ignoravit — utrique nocere. Das heißt doch unzweifelhaft:

[5]) Alſo quamvis in ea promissione nihil contra actum fiat.

[6]) Handelsrecht, 1. Bd. 3. Aufl. S. 484 Note 3.

[7]) Civilrecht, II. S. 508. Note 38.

wußte es der Delegant nicht (qui mutuam dedit), aber der Delegatar (qui stipulatus est) oder umgekehrt, die exc. scti trifft in jedem Fall den Delegatar.

Wenn man den Verſuch der Gloſſe und die Erklärung des Donellus, daß der qui mutuam dedit und qui stipulatus est Correalgläubiger ſeien, nicht billigen kann, ſo könnte eine Löſung des Widerſpruches vielleicht in Folgendem gefunden werden. Paulus ſpräche von nachfolgender Delegation; Ulpian von einem Fall, wo das mutuum dare und das stipulari gleichzeitig geſchieht z. B. der mutuo dans weist das Hauskind als Empfänger an, einem Dritten zu verſprechen um dieſem zu ſchenken. Die Stipulation träte hier nur als Form des mutuum auf. Mir ſcheint aber, daß dieſe Differenz in der Zeit juriſtiſch ohne Einfluß ſein muß; und nach Ulpian bleibt jedenfalls ganz unbeſtimmt, ob die Stipulation gleichzeitig oder ſpäter erfolgte. Auch für Paulus reicht der Grund „quia nihil in ea promissione contra sctum fit“ nicht aus: er fügt den noch ſtärkeren Grund hinzu „tanto magis quod hic nec solutum repetere potest.“ Mit dem erſteren Grund ſtimmt natürlich auch Ulpian, daß in dem Geldverſprechen eines Hauskindes keine Verletzung des Senatusconſultes liege. Darnach könnte Ulpian auch mit Paulus im Reſultat übereinſtimmen. Auf die Richtigkeit des zweiten Grundes kommt alſo Alles an. Paulus ſchließt ſo: das Hauskind kann ſeine Darlehensſchuld bezahlen und zahlt kein indebitum; Delegation iſt Novation, alſo solutio; darum muß auch das Hauskind als Delegat haften, weil die Stipulation, aus der es nun haftet, kein Geſchäft contra sctum iſt. Die Frage könnte ſein, ob die Delegation als Novation dem Senatusconſult gegenüber ſchlechthin wie solutio wirkt. In dem Satz: solutum repeti non potest iſt zwar auch die Zuläſſigkeit der Novation ausgeſprochen; und darnach würde Paulus Recht haben. Aber ob nicht auch das solvere, wenn es vom Hauskinde noch erfolgt, materiell zu verſtehen ſei, wie das dare, ſo daß eben ſo wenig

als das dare im formalen Sinne (quasi dare) auch das solvere im formalen Sinne genügt, verdient doch gefragt zu werden. Die Conſequenz der Pauliniſchen Entſcheidung würde ſein, daß nun der Vater des delegirten Hauskindes in jedem Falle de peculio haften müßte: die urſprüngliche Darlehensſchuld des Hauskindes würde durch Novation alſo eine Peculiarſchuld des Vaters, wie daſſelbe dann auch bei Delictsſchulden des Hauskindes gelten müßte.[8]) Dieſe Conſequenz kann nun freilich nicht zugegeben werden; aber auf dem Unterſchied des civiliter solvere und naturaliter solvere kann auch nicht der Widerſpruch des Paulus mit Ulpian beruhen. Ich glaube, daß die Löſung in Folgendem liegt. Paulus fragt nur, ob der Hausſohn gegen den Delegatar die exceptio habe. Ulpian beantwortet dieſelbe Frage nicht bloß rückſichtlich des Hauskindes, ſondern auch rückſichtlich des Hausvaters: hier iſt kein Zweifel, daß die Novation die exc. nicht beſeitigt und wenn der Sohn aus dem Peculium etwa

---

[8]) Zwar ſchreibt derſelbe Ulpian in l. 3. § 10. 11. D. de pec. 15, 1.: wie ex compromisso, ſo hafte der Vater iudicati de peculio „etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. Nam sicuti in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi.“ Die Analogie des iudicio contrahi zum stipulatione contrahi könnte verleiten, auch für die ſogenannte novatio voluntaria daſſelbe gelten zu laſſen. Ich halte aber dieſen Schluß für nicht zuläſſig. Davon abgeſehen, daß von der ſogenannten nov. necessaria nicht auf die voluntaria geſchloſſen werden darf, ſowie daß der Klage, welchen Grund ſie auch habe, das Hauskind ſich nicht weigern kann, während die stipulatio novandi causa in ſeinem Belieben ſteht: ſo weiſt der Zuſammenhang l. 3. § 5—12. auf die im Text behauptete Anſicht. Ulpian ſetzt als bekannt voraus, wann de peculio gehaftet werde, wann nicht, und giebt in dieſen Paragraphen die Modification jener Regel an

a.) aus der Verbürgung des Sclaven haftet der Herr in der Regel nicht l. 3. § 5—7. l. 47. § 1; aus der Verbürgung des Hauskindes haftet der Vater ſtets l. 3. § 9.

b.) aus Compromiß des Sclaven haftet der Herr in keinem Fall, denn er würde auch nicht haften ex iudicato l. 3. § 8.

zahlt der Vater die condictio hat. Für den Sohn ſelbſt aber gilt die Delegation, nur das ſagt Paulus: und hierfür entſcheidet, daß auch Zahlung gilt, nur nicht mit väterlichen Mitteln.

Der Fall der Correalobligation neben dem eben beſprochenen macht keine Schwierigkeit. Es muß gleich ſein, ob neben dem welcher zahlte, auch ein Andrer um der Form der Obligation willen die Klage hat. Es erſcheint dies nur als das Minus neben dem Fall der Delegation. Auch hierfür gilt: si alteruter eorum ignoravit, utrique nocere. Die Klage deſſen, welcher nicht zahlte, gilt nur, weil der Andre zahlte: der Unterſchied von dem Fall der Delegation beſteht nur darin, daß hier die formale Einheit der Obligation gehoben, während ſie bei der Correalobligation erhalten iſt.

---

c.) aus Compromiß des Hauskindes haftet der Vater in jedem Fall „etiam eius actionis nomine ex qua non potuit pater de peculio actionem pati", und ebenſo ex iudicato l. 3. § 10. 11. Papinian erklärt zwar in § 10. die unbeſchränkte Haftung ex compromisso: „quum ex stipulatu pater conveniatur." Aber die Haftung ex compromisso ruht im Grunde auf der Haftung ex iudicato; denn das Compromiß erſetzt den Rechtsweg, der nicht zu vermeiden iſt: dies erhellt deutlich aus l. 3. § 8. (b.), vgl. l. 1. 3. § 1 D. de rec. 4, 8. Alſo darf Papinian's Grund nicht irre führen. Aus dieſer Verbindung des compromissum mit dem iudicatum kann wohl geſchloſſen werden, daß daſſelbe nicht gelten könne bei freiwilliger Novation von Delicts- und Darlehensſchulden. Auch muß doch der Satz, daß das Hauskind die Obligation nicht noviren könne l. 25 D. de novatt. 46, 2, nicht bloß auf Forderungen, ſondern auch auf ſeine Schulden bezogen werden können l. 34. pr. de novatt.: Gaius in l. 34. pr. beſchränkt die Novation von peculiaria debita, „maxime si etiam meliorem suam conditionem faciant." Darnach kann es kein Zweifel ſein, daß bei Novation von Delicts- und Darlehensſchulden der Vater de peculio nicht haftet (S. 65). — Es bleibt nun aber noch die Frage übrig, ob l. 3 § 10. 11. auch von Darlehensſchulden zu verſtehen ſei, ob alſo der Vater aus Compromiß und iudicatum des Hauskindes in ſolchem Falle de peculio hafte. Jedenfalls ſchrieb Ulpian nur in Bezug auf Delictsſchulden, wie auch die Gloſſe verſteht.

Dieſelbe Regel, die für die eine Art der Fälle durchgeführt iſt, zeigt ſich auch wieder bei der anderen Art, zu der wir nun übergehen.

Zweitens. Der Beklagte iſt ein Andrer als der welchem gezahlt wurde. Der Beklagte kann ſein der Vater des Hauskindes dem gezahlt wurde, der Erbe des Hauskindes, der Bürge. Daß hier die exceptio Statt hat, macht keine Schwierigkeit. Der Beklagte kann auch ſein ein andres Hauskind: zwei Hauskinder ſtehen in der Obligation als Correalſchuldner. Hielt der Gläubiger nur den Einen der Correalſchuldner für ein Hauskind, ſo entſcheidet ob er dieſem zahlte. Dürfte nach Donellus auf die Natur der Correalobligation geſehen werden, ſo müßte gleichgültig erſcheinen, wem der Gläubiger zahlte.[9]) Denn die Obligation beſteht doch nur zu Recht (ohne exc. doli) durch die datio: fordert der Gläubiger von dem Hauskinde zurück dem er nicht zahlte, ſo würde ihn die exc. doli treffen, wenn er nicht dem vermuthlichen Hausvater gezahlt hätte; und ebenſo hätte die Wirkſamkeit der Klage gegen das Hauskind die Zahlung an den Hausvater zur Vorausſetzung. Aber die Obligirung der Hauskinder hat nicht beſchränkt werden ſollen; und ob die formelle Verpflichtung eines Hauskindes ſich gründet auf die Zahlung an einen Anderen, gleichviel ob Hauskind oder Hausvater, kommt nicht in Frage. Daher

l. 13 D. h. t. Si quod alii mutuum dedimus, a filiofamilias novandi causa stipulamur, non esse impedimento senatusconsultum Iulianus scribit.

Ganz dieſelbe thatſächliche Beziehung entſcheidet, wenn das Hauskind mit einem Anderen Correalſchuldner iſt. Wie wir

[9]) Donellus, lib. XII. c. 26. § 9. 10., weiß daher die andre Entſcheidung in l. 7. § 8 D. h. t. nur durch die Erklärung zu verſöhnen, daß wo die Befreiung des einen Correalſchuldners nur eine perſönliche ſei, ſie dem andern nicht helfe.

ſahen, daß das Reſultat gleich iſt im Fall der Delegation und activen Correalobligation, ſo iſt es auch wieder gleich nach der entgegengeſetzten Seite, wenn das Hauskind als Delegatus oder als der Eine der Correalſchuldner belangt wird. Als Delegatus, als Correalſchuldner verſpricht das Hauskind das Darlehen zurückzuzahlen, als habe es daſſelbe empfangen: aber dieſe Fiction (dieſe civilis dandi significatio) genügt nicht für die Geltung des Senatusconſultes. Daher ſchreibt Ulpian für den Fall der Correalobligation, wie Julian für den Fall der Delegation:

l. 7. § 8 D. h. t. Item si duos filiosfamilias accepero reos, sed alterum putavi patremfamilias, intererit ad quem pecunia pervenit: ut si eum scivi filiumfamilias ad quem pervenit pecunia, exceptione summovear, si ad eum quem ignorem non summovear.

Die Stelle giebt Veranlaſſung zur Unterſcheidung folgender Fälle: a.) die beiden Correalſchuldner ſind Hauskinder und der Gläubiger wußte es von Beiden. Darüber ſchweigt Ulpian. Der, dem der Gläubiger nicht zahlte, müßte haften; aber er würde entweder eine Regreßklage haben oder durch die exc. doli ſich die Ceſſion erzwingen können. Alſo würde das andere Hauskind doch einſtehen müſſen; und darum iſt auch dem anderen Hauskinde, dem nicht gezahlt wurde, die exceptio begründet, wie dem Bürgen, wie dem Vater wenn ſie den Regreß nehmen könnten. Das Hauskind aber, dem nicht gezahlt wurde, hat ſtets den Regreß, weil es nicht ſchenken kann. Alſo wird in keinem Fall gehaftet.[10]) Daſſelbe gilt aber auch, wenn neben dem Hauskinde, dem gezahlt wurde, ein Hausvater als Correus ſich verpflichtet, vorausgeſetzt nur, daß der Hausvater als Correus Regreß nehmen könnte. Daher

[10]) Donellus, XII. c. 26. § 9 iſt andrer Anſicht: „De eo ad quem pecunia non pervenit, generaliter probandum est hunc perpetuo teneri.“ Donellus überſieht völlig die Regreßfrage.

l. 7. § 1 D. h. t. Idem ait, si duo reos accepero filiumfamilias et Titium, quum ad filiumfamilias esset perventura pecunia, ideo autem reum Titium acceperim ne quasi fideiussor auxilio senatusconsulti uteretur, utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam.

Es kann nur von der exceptio in der Perſon des Titius die Rede ſein. Als Bürge würde er die exceptio haben, wenn er Regreß nehmen dürfte; aber auch als Correalſchuldner kann er in derſelben Lage ſein. Der Gläubiger wußte, daß dem Titius die gezahlte Summe weder ganz noch theilweiſe[11]) zu Gute kommen ſolle. Dieſen ſachlichen Zuſammenhang deutet Ulpian an durch den Satz: „ideo autem — uteretur.“

Alſo wurde an ein Hauskind gezahlt, ſo iſt gleich ob der andre Correalſchuldner ein Hauskind oder Hausvater iſt, wenn nur der Hausvater regreßfähig iſt; was das andre Hauskind, dem nicht gezahlt wurde, ſtets iſt.

b.) Von den beiden Correalſchuldnern durfte der Gläubiger den Einen als Hausvater denken und dieſem zahlte er auch. Hier muß auch das Hauskind haften: si ad eum quem ignorem non summovear. Das Hauskind resp. ſein Vater hat ja den Regreß. Aber auch der angebliche Hausvater könnte die exceptio nicht vorſchützen in dem Vorgeben, er würde ſonſt durch Regreß ſich erholen. Denn ihm wurde gezahlt; ob dies nun geſchah, um dem Hauskinde zu Geld zu verhelfen, kann den Gläubiger nicht kümmern und kann er nicht wiſſen. Und wüßte es der Gläubiger, ſo müßte der angebliche Hausvater doch haften; es wäre ſein Schaden, daß er an das Hauskind nicht regrediren kann. Alſo in jedem Fall wird gehaftet, wenn demjenigen von den Correalſchuldnern gezahlt wurde, der Hausvater war oder ſo galt.

---

[11]) Der Fall der theilweiſen Zahlung an das Hauskind und an einen Anderen beantwortet ſich von ſelbſt, vgl. l. 17. § 2 D. ad sct. Vell. 16, 1.

c.) Zahlte aber der Gläubiger an Denjenigen, den er noch als Hauskind weiß, während er den Anderen als Hausvater annimmt, ſo wird in keinem Fall gehaftet: si eum scivi filiumfamilias, ad quem pervenit pecunia, exceptione summovear. Das Reſultat begründet ſich wie unter a.

d.) Nur eine Combination iſt es, wenn mehrere Correalgläubiger und mehrere Correalſchuldner zuſammentreffen. Von den Gläubigern zahlte Einer an ein Hauskind; der andere Correalſchuldner mochte Hausvater ſein oder ſo gelten oder ſelbſt noch Hauskind ſein, und von den Correalgläubigern mochte der Eine das wiſſen oder nicht: in keinem Falle wird gehaftet (Fall a. und c. in Verbindung mit l. 7. § 7 D. h. t. cit.). Einer der Gläubiger zahlte an Einen, der Hausvater war oder ſo galt. In jedem Fall wird gehaftet, auch wenn klagt, wer nicht zahlte, und gegen das Hauskind dem nicht gezahlt wurde. (Fall b. in Verbindung licet hic non dederit).

Es entſcheidet alſo überall nur, ob an das Hauskind fremdes Geld gekommen. Gleich iſt, unter welchem Titel gezahlt und das Hauskind verpflichtet wird, ob als alleiniger Schuldner, als Correalſchuldner; verwandt dem letzten Fall iſt der Fall, wo das Hauskind als Bürge fungirt, aber Zahlung erhielt. Hier iſt daſſelbe formell acceſſoriſch obligirt, materiell aber doch allein obligirt: es wäre ein Bürge ohne Regreß. Daher Ulpian

l. 7. pr. D. h. t. Item si filiusfamilias fideiusserit, Neratius libro primo et secundo Responsorum cessare senatusconsultum ait. Idem Celsus; sed Iulianus adiicit, si color quaesitus sit ut filiusfamilias qui mutuam accepturus erat fideiuberet alio reo dato, fraudem scto factam nocere et dandam exceptionem tam filiofamilias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur.

Das entſcheidende Moment dieſer Stelle liegt weniger darin,

daß das Hauskind nicht haftet, als darin daß der Andre trotz des dolosen Verfahrens nicht haftet.[12]) Das Hauskind haftet nicht, weil ihm gezahlt wurde, also die Voraussetzung des Senatusconsultes erfüllt ist. Der Andere haftet nicht, weil ihm materiell die gezahlte Summe nicht zu Gute gekommen ist, er also den Regreß haben würde wie ein Bürge. Eben deßhalb hat er die exceptio. Umgekehrt könnte das Hauskind, wenn es verurtheilt werden könnte, zwar ipso iure regrediren, würde aber exceptione doli zurückgewiesen. Diesen Zusammenhang deutet Ulpian an in den Worten quoniam et fideiussori filii subveniatur.

So bestätigt sich auch hier die oft angezogene Regel über Interpretation von Prohibitivgesetzen. Wie die mutua pecunia data nicht formell im Sinne des Realcontractes des mutuum, so ist auch die Verpflichtung des Hauskindes daraus nicht formell zu nehmen, sondern nur materiell. So wenig es auf die formelle causa obligationis ankommt, so wenig kommt es darauf

---

[12]) Glück, XIV. S. 310. begnügt sich mit der Bemerkung, daß in solchem Falle in fraudem legis gehandelt sei. Gerade das „in fraudem legis" müßte auffordern, die „sententia scti" principiell zu entwickeln. Nicht klar ist mir, was Glück Note 91. über „alio reo dato" schreibt: „unter reus soll hier kein andrer als intercessor oder fideiussor verstanden werden." Auch Donellus, XII. c. 24. § 17. a. E. und c. 26. § 9. führt diese Stelle nur als ein Beispiel des in fraudem legis agere an, ohne weiteren Gebrauch davon zu machen. — Bekker, die proceß. Consumption S. 198. Note 37. erklärt, daß für das Hauskind als Bürgen das Senatusconsult nicht gelte, aus der Natur der Bürgschaft, „weil der Klage des Gläubigers gegen den Bürgen stets der Anspruch an den Schuldner zu Grunde lag." Der Grund, sonst richtig, ist hier weder nöthig noch trifft er die Sache. Hier entscheidet allein die Interpretation des Senatusconsults; wie das Hauskind als Käufer die exc. scti nicht hat auch wenn es „pretium spopondit," so auch das Hauskind als Bürge: non numeratur. Der Grund Bekker's sagt aber auch mehr als er wollen kann: wenn der Anspruch an den Schuldner ex mutua pecunia data entstand, müßte nicht nach Bekker das Hauskind als Bürge die exc. haben?

an, wie das Hauskind haftet, ob allein, ob principaliter, ob acceſſoriſch: das Senatusconſult gilt, wenn es haften müßte, ohne den Regreß zu haben oder wenn es vom Regreß bedroht wäre. Eben ſo iſt gleich, wem es verpflichtet und wem es haften ſoll, wenn nur die Klage ſich ſtützt auf Geldzahlung an das Hauskind: auch wenn ein Delegatar klagt, gilt daſſelbe (gegen Paulus und gegen Thöl).

§ 18. Die exceptio senatusconsulti.

Der Senat beſchloß „ne actio petitioque daretur.“ Ganz ſo lautet auch die Beſtimmung des sct. Velleianum „ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur.“ Gleichwohl führt die Interpretation der römiſchen Juriſten zu einem verſchiedenen Reſultat in Betreff der Wirkung jener Beſtimmung: die Zahlung einer Schuld contra sct. Macedonianum ſoll nicht condicirt werden (naturalis obligatio manet), die Zahlung einer Schuld contra sct. Velleianum kann condicirt werden. Ulpian erklärt dies für das sct. Macedonianum „quoniam exonerare eos (filiumfamilias, fideiussorem, ceteros) lex noluit“,[1]) für das sct. Velleianum: „mulier enim per senatusconsultum relevatur“.[2]) Dieſe Erklärung kann ſich offenbar nicht auf den Wortlaut der beiden Senatusconſulte ſtützen. Das verſchiedene Reſultat muß alſo anders woher ſeine Begründung erhalten. Bevor dieſe verſucht werden kann, ſoll jene Beſtimmung ohne Rückſicht auf die Frage über die naturalis obligatio betrachtet werden.

Die Fragen, denen wir hier begegnen, ſind: iſt in jenen Worten „ne actio — daretur“ die Denegation der Klage, die

[1]) l. 9. § 3 D. h. t.

[2]) l. 8. § 5 D. ad sct. Vell. 16, 1.

Entkräftung derſelben durch exceptio beſchloſſen, oder liegt darin ausgeſprochen, daß die Obligation zuwider beiden Senatusconſulten ipso iure nicht beſtehe? Dieſe drei Fragen ſtehen ſelbſtſtändig neben einander; und es iſt namentlich die erſte Frage nicht identiſch mit der dritten.[3]) Denn wenn auch die Klage denegirt d. h. die Litisconteſtation gar nicht zugelaſſen würde, ſo bliebe noch immer die Frage, ob auch die naturalis obligatio ipso iure als gehoben gelte. Auch wer Denegation der Klage gleich ſtellt der Aufhebung der civilis obligatio ipso iure, hätte damit noch Nichts über die naturalis obligatio ausgeſagt.

Daß nun nach jener Beſtimmung die Obligation als ipso iure gehoben gelte, kann aus dem Wortlaut nicht erkannt werden. Die Redaction hätte ganz anders ausfallen müſſen, wenn die Nichtigkeit der Obligation (ex mutua pecunia data oder ex fideiussionibus) ſanctionirt werden ſollte. Die Sanction hätte ſich dann nicht gegen die Klage gerichtet, ſondern gegen das Geſchäft ſelber: dieſes wäre damit durch eine Legalfiction für nicht vorhanden, für null erklärt. Nach analogen Fällen müßte dann erwartet werden: „ne mutua pecunia detur“ oder „prohibere quominus mutua pecunia detur“, wie die Faſſung lautet im sct. Aemilianum;[4]) oder auch „ut irrita fiat mutuae pecuniae datio“, wie es in dem sct. Hosidianum und Volusianum[5])

---

[3]) Wie Sintenis, Civilrecht I. S. 326. Note 43. wohl anzunehmen ſcheint.

[4]) l. 3 pr. D. de donatt. i. v. et u. 24, 1. — Aehnlich in der oratio Severi: „interdicam, ne — distrahant.“ l. 1. pr. § 2 D. de rebus eorum qui sub tut. 27, 9. Dazu Bachofen, ausgewählte Lehren S. 128.

[5]) l. 52 D. de contr. emt. 18, 1. — Text bei Mommſen, Berichte über die Verhandlungen der K. Sächſ. Geſ. d. W. 4. Bd. 1852. S. 272—77: — „Cumque aeque non oportere(t) malo exemplo vendere quam emere, ut venditores quoque coercerentur qui scientes dolo malo intra hanc senatus voluntatem vendidissent, placere tales venditiones inritas fieri.“ Ueber den Inhalt dieſer Senatusconſulte ſ. Bachofen a. a. O. S. 183—227. beſ. S. 199.

heißt. Aus der Vergleichung der Redaction dieſer Senatusconſulte mit der des sct. Macedonianum und Velleianum geht unzweifelhaft hervor, daß durch die letzteren nicht das Geſchäft, alſo auch nicht die Obligation daraus für null erklärt werden ſollte. Mithin ipso iure beſteht die Obligation. Dies Reſultat iſt aber nur ein formelles: die einzige Conſequenz iſt, daß die Klage ipso iure Beſtand habe und daß dieſelbe nur durch eine exceptio entkräftet werden kann, aber auch muß. Die Vertheidigung in iudicio (exceptio im materiellen Sinne) reicht nicht aus, eben weil ipso iure das Geſchäft und die Obligation gilt.

Hiermit ſind die drei Fragen beantwortet. Andere erklären die Worte „ne actio daretur“ anders. Donellus[6]) findet darin Denegation der Klage ausgeſprochen d. h. Ausſchluß der Litisconteſtation, wenn die Sache in iure liquid iſt, Entkräftung durch exceptio, wenn ſie nicht liquid iſt. Dieſe Erklärung wiederholt Sintenis,[7]) der noch bemerkt, daß Denegation der Klage in iure der ſeltenere Fall ſei und daß in der Gewährung der exceptio allerdings ein ius singulare beruhe (quoniam exonerare eos lex voluit).[8]) Auch Bachofen[9]) findet darin, wenigſtens für das sct. Velleianum, die Denegation der Klage ausgeſprochen; dies ſei die Praxis vor dem Senatusconſult. Durch daſſelbe habe aber die Entkräftung durch exceptio den Vorzug erhalten. Jene frühere Praxis werde angedeutet durch den Satz „tametsi ante videtur ita ius dictum esse ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur.“ Nach dieſer Erklärung fehlt es dem Senatusconſultum Velleianum an der beſtimmten Sanction: es finden ſich nur die Worte „ut in ea re

---

[6]) XII. c. 25. § 3.

[7]) Civilrecht, II. S. 508. Note 40. vgl. I. S. 326. Note 43.

[8]) Ulpian ſagt aber gerade das Gegentheil, „non quoniam exon. eos lex voluit;“ auch iſt es auffällig, wie ein Geſetz nur den ſeltnen Fall trifft.

[9]) a. a. O. S. 14.

senatus voluntas servetur.“ Hiernach darf es kein Zweifel sein, daß, wenn auch in den Worten ne eo nomine rel. der früheren Praxis gedacht wird, dieselbe doch zugleich auch gegenwärtig bestätigt wird. Aber daß dann die Denegation der Klage in iure sanctionirt sei, kann ich nicht zugeben. Ich kann in jenen Worten der beiden Senatusconsulte nur finden, daß der Senat dem Gläubiger die Klage und überhaupt jeden anderen processualischen Weg (actio petitioque) gewehrt wissen wolle: der processualische Weg soll erfolglos bleiben. Ob durch Denegation, durch exceptio, durch replica, ist Sache des gerichtlichen Verfahrens und kann aus jenen Worten nicht erkannt werden. Nur soviel darf hieraus gefolgert werden, daß die Obligation ipso iure gelte und also auch die Klage ipso iure Bestand habe. Daraus folgt, daß die Vertheidigung des Beklagten in iure, also durch exceptio, geschehen müsse. Der iudex kann diese exceptio scti Macedoniani (oder Velleiani) nicht ex officio berücksichtigen.[10]) Steht die exceptio nicht in der Formel, so muß der iudex verurtheilen. Aber die Worte „ne actio daretur“ sind materiell aufzufassen: die Wirkung der Klage, Execution, soll ausgeschlossen sein. So erkläre ich die Interpretation der römischen Juristen, daß beide Exceptionen auch noch in der Executionsinstanz, gegen die actio iudicati, vorgebracht werden können: „tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatusconsulti exceptione. Et ita Iulianus scribit in ipso filiofamilias exemplo mulieris intercedentis.“[11]) Es läßt sich für diese sg. privilegirte Natur der exc. scti Macedoniani noch anführen, daß sonst, wenn die exceptio gegen die

---

[10]) Andrer Ansicht ist Sintenis, Civilr. II. S. 509. Note 40. weil nur so „der Zweck des Sct., Schutz der Väter gegen Gefahr, erreicht werden könne.“ — Die Ansicht im Text hat auch Glück, XIV. S. 347. 48.: nur von dem Erforderniß der Liquidät weiß das römische Recht Nichts.

[11]) l. 11 D. h. t. S. oben S. 17. Note 3. S. 18 und 65.

actio iudicati nicht noch geltend gemacht werden könnte, der Vater de peculio haften müßte: und eben dies soll durch das Senatusconsult ausgeschlossen werden. So folgt dann weiter, daß auch der Vater, wenn sein Hauskind condemnirt ist, doch gegen die actio iudicati de peculio die exceptio gebrauchen kann. Dasselbe muß auch gelten, wenn der Darlehensempfänger als Hausvater belangt wird; es müßte denn im Unterlassen der exceptio gegen die Schuldklage ein Verzicht liegen.[12]) Auch der verurtheilte Bürge hat noch die exceptio gegen die iudicati actio. Darüber kann nach dem Zusammenhang der l. 11. mit l. 9. § 3. 4. 5. l. 10 D. h. t. kein Zweifel sein. l. 9. § 3. hat als Subject den Bürgen rücksichtlich des Regresses; § 4. führt aus, daß die Bürgen solutum non repetunt, nur anhangsweise wird bemerkt, daß dies auch gelte beim Hauskinde selber. In § 5. und l. 10. wird dies zusammengefaßt und l. 11. angeschlossen: also ist in l. 11. der Bürge das Subject und das Hauskind: Beide können die condemnati sein und Beide „utentur exceptione." Ob durch condemnatio des Hauskindes der Bürge ipso iure liberirt sei, kann erst bei andrer Gelegenheit gefragt werden.

---

[12]) arg. l. 20 D. h. t. — Donellus, XII. c. 25. § 12. leugnet schlechthin und nimmt die privilegirte Natur der exceptio nur für das belangte Hauskind an. Auch die Glosse versteht so. Diese Beschränkung scheint ohne Grund. Wenn der Bürge die exceptio noch gegen die actio iudicati hat, warum nicht vielmehr der Darlehensempfänger, wenn er gleich erst als Hausvater belangt wird? Die Rücksicht auf den Vater ist dann freilich nicht mehr möglich; aber das ist doch auch nicht der einzige Grund des Senatusconsultes. Den privilegirten Charakter erklärt Donellus daraus, daß die exceptio nicht filiifamilias causa, sed in odium creditorum gegeben sei. Ich sehe nicht, wie hieraus, wenn der Gegensatz auch juristisch haltbar wäre, etwas gefolgert werden kann. Daß die exc. scti Vell. nicht in odium creditorum sei, bemerkt Donellus XII. c. 30. § 8. ausdrücklich; sie ist aber doch auch privilegirt! Der Gesichtspunkt des Verzichts, den Donellus hier hervorhebt, entscheidet nicht, s. auch Bachofen a. a. O. S. 39.

Es verſteht ſich, daß, wenn in iure ſchon Alles klar iſt, der Prätor die Klage zurückweist: aber nur der Prätor oder wer die Jurisdictio hat, nicht der iudex kann über Denegation oder Exceptio entſcheiden.[13]) Daraus folgt unzweifelhaft, daß die Obligation ipso iure beſtehe. Die Frage iſt nur die, ob im Fall vorgeſchützter exceptio das Reſtiren einer naturalis obligatio auf die Art der exceptio zurückgeführt werden kann. Die naturalis obligatio würde auch reſtiren, wenn denegirt wurde. Dies ſchon macht bedenklich, dieſe Frage im Zuſammenhang mit der exceptio zu behandeln; es ſoll daher dieſer Punkt einſtweilen bei Seite gelaſſen und in den nächſtfolgenden Paragraphen die Zuſtändigkeit und der Wegfall der exceptio behandelt werden.

§ 19. Zuſtändigkeit der exceptio.

Die Vorausſetzungen, unter welchen das Senatusconſult gilt, entſcheiden auch für die Zuſtändigkeit der exceptio scti; jene Vorausſetzungen ſind in den früheren Paragraphen ausführlich dargeſtellt. Hier kommt es nur darauf an, auf Grund der früheren Auseinanderſetzungen die Frage zu beantworten, wem die exceptio zuſtehe und welcher Art die exceptio ſei.

Der Art nach gehört dieſe exceptio zu den rei cohaerentes und perpetuae. Daß ſie rei cohaerens iſt,[1]) muß wohl aus dem objectiven Grunde derſelben erklärt werden, nämlich aus der Thatſache, daß mutua pecunia data iſt. In der Gefährlichkeit dieſes Geſchäftes für Hauskinder liegt der Grund des Senatusconſultes. Wäre die exceptio eine personae cohaerens, alſo

[13]) Deutlich erhellt dies aus dem sct. Velleianum: „ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur.“

[1]) l. 7. §. 1 D. de exceptt. 44, 1.

auf die Contrahenten beſchränkt, ſo wäre das Senatusconſult nur illuſoriſch und das Hauskind hätte indirect doch haften müſſen. — Daß die exceptio perpetua iſt, folgt aus der prohibitiven Natur des Senatusconſultes.[2]) Daß das Geſchäft zur Zeit der Vermögensunfähigkeit geſchloſſen wurde, erklärt allein weder den Charakter der exc. als einer perpetua[3]) noch als einer rei cohaerens, wie das ſogenannte beneficium competentiae beweist.

Beides zuſammen, der peremtoriſche und ſachliche Character der exceptio, entſcheidet wem die exceptio zuſtehe. Darnach kommt die exceptio zu auch dem Vater und dem Erben des Hauskindes, ebenſo dem Hauskinde, wenn gleich daſſelbe inzwiſchen Hausvater geworden iſt; endlich auch dem Bürgen des Hauskindes, dem mandator, wenn dieſem der Regreß gegen das Hauskind oder gegen deſſen Vater resp. Erben offen ſtände. Mehr als dieſe Sätze enthalten auch die Quellen nicht; Ulpian[4]) ſtellt die Sache dar ohne weitere Unterſcheidung und ohne Begründung. Die Neueren unterſcheiden: die exceptio ſtehe bald nur dem Vater, nicht dem Empfänger, bald Beiden, bald keinem von Beiden zu.

Sie ſoll nur dem Vater zuſtehen, nicht dem Hauskinde (dem Empfänger)

---

[2]) l. 3 D. de exceptt. 44, 1. — Perpetuae atque peremtoriae sunt — et si quid contra leges senatusve consultum factum esse dicetur.

[3]) Wie Donellus, XII. c. 25. § 11. a. E. annimmt.

[4]) l. 7. § 10. l. 9. § 3. 4 D. h. t. — Mühlenbruch, Ceſſion S. 444. erklärt den donandi animus als ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Verzicht auf die exceptio scti. Das ſcheint zuviel geſagt, weil der Verzicht auf die exc. scti nur dem Gläubiger gegenüber verſtanden werden kann, da doch der animus donandi dem Schuldner gegenüber genügt. Die Vorausſetzung iſt übrigens, daß ein Darlehen contra sct. Maced. vorliege; denn ſonſt hat der Bürge die exc. nicht, auch wenn er den Regreß hat, wie der Schluß von l. 9. § 3 beweist. Das überſieht Girtanner, Bürgſchaft S. 42. und zieht damit einen falſchen Schluß.

a.) wenn das Hauskind ein castrense peculium hat.

b.) wenn das Hauskind als paterfamilias die Schuld anerkannt hat. So Arndts a. a. O., Vangerow a. a. O. — Glück a. a. O. S. 349—351. ſtellt dazu

c.) wenn ſich das Hauskind lügenhaft für einen paterfamilias ausgab. Wenn ohne Vorlügen des Hauskindes der Gläubiger ſonſt gute Gründe hatte, daſſelbe für einen Hausvater zu halten, ſo will Glück keinem von Beiden die exceptio gewähren. Arndts und Vangerow dagegen verwerfen mit Recht die Unterſcheidung Glücks und verſagen in beiden Fällen die exceptio. Alle drei ſtimmen jedoch wieder darin überein, daß die exceptio Keinem von Beiden zuſtehe, wenn das Hauskind zur Zeit des Contracts Soldat war. — Warum dieſe Fälle unter c. nicht dem Fall unter a. gleich behandelt werden, ſcheint mir doch auffällig. Aus welchem Grunde das Hauskind dem Hausvater juriſtiſch gleichſteht, ob weil es ein castrense peculium wirklich inne hat oder als miles oder ſonſt ex iusta ratione, darf doch wohl für die juriſtiſche Beurtheilung keinen Unterſchied machen. In allen dieſen Fällen muß das Reſultat erwartet werden, daß das Hauskind die exceptio nicht habe, alſo haften müſſe, der Hausvater dagegen die exceptio nicht brauche, weil er rechtlich nicht haften kann. Der entſcheidende Grund liegt doch wohl in Folgendem. Wo das Hauskind rechtlich einem Hausvater gleich ſteht, iſt die unmittelbare Berechtigung[5]) oder Verpflichtung des Hausvaters deſſelben iure unmöglich d. h. nach der Seite der Verpflichtung, die actio de peculio hat ipso iure nicht Statt, alſo iſt die exceptio scti Macedoniani juriſtiſch überflüſſig. Wenn Glück, Vangerow, Arndts die exceptio dem Vater geben für den Fall, daß das Hauskind caſtrenſiſches Gut hat, dagegen verſagen für den Fall,

[5]) Beiſpiel dafür iſt, daß was der Hausſohn occasione militiae erwirbt ſein Eigen wird.

daß daſſelbe ex iusta ratione[6]) oder als Soldat für einen paterfamilias galt, ſo ſcheint mir alſo Beides juriſtiſch werthlos und ungenau, da dem Hausvater, wo er ipso iure nicht obligirt iſt, weder eine exceptio erſt gewährt noch verweigert zu werden braucht.

Die Unterſcheidung ferner, daß dem Hausvater die exceptio zuſtehe, dem Darlehensempfänger nicht, wenn letzterer als Hausvater die Schuld anerkannt hat, läßt ſich aus einem ähnlichen Grunde nicht rechtfertigen. Erfolgt die Anerkennung nach dem Tode des Vaters, ſo kann weder in deſſen Perſon, noch in der Perſon ſeines Erben von der exceptio die Rede ſein. Erfolgt die Anerkennung noch bei Lebzeiten des Vaters, ſo iſt dies für den Vater ebenſo gleichgültig wie die Aufnahme eines Darlehens durch das ſelbſtſtändig gewordene Hauskind. Für beide Fälle muß gelten: die Darlehensſchuld des Hauskindes kann durch deſſen Anerkennung bei Lebzeiten oder nach dem Tode des Vaters nicht Schuld des Vaters d. h. nicht Peculiarſchuld werden. Alſo iſt der Vater ipso iure nicht obligirt, und die exceptio scti überflüſſig.[7])

In den Quellen findet auch die Unterſcheidung Glück's u. ſ. w. keinen Anhalt. Nach den Quellen kann das Reſultat nur ſein

---

[6]) So auch v. Savigny, Syſtem VII. S. 286. — Aber man muß doch wohl ſagen: Wie die actio quod iussu u. ſ. w. vorausſetzt, daß der Gläubiger mit dem Schuldner als Hauskind, alſo in Rückſicht auf deſſen Hausvater, contrahirte, ſo hängt auch die Geltung der actio de peculio von demſelben Erforderniß ab. Der Gläubiger muß wiſſen, daß er mit einem Hauskinde contrahirte, um die Haftung des Vaters rechtfertigen und erwarten zu können. Die actio institoria ſetzt ja auch voraus, daß der institor als institor contrahirte und der Gläubiger ihn als institor behandelte, ſ. auch Thöl, Handelsrecht 3. Aufl. § 27 b. Darum haftet der Vater, wenn ſein Hauskind „publice" als paterfamilias galt, de peculio ipso iure nicht, obwohl das Hauskind haftet. S. 63.

[7]) Vgl. auch Donellus, XII. c. 28. § 12. a. E. Die Frage rückſichtlich der Anerkennung kann erſt weiter unten genauer erörtert werden.

1.) wenn das Geschäft contra sct. Macedonianum ist, so steht dem Hauskinde wie dessen Hausvater die exceptio zu;

2.) wenn das Geschäft nicht contra sct. Macedonianum ist, so hat das Hauskind in keinem Falle die exceptio. In Betreff des Vaters muß unterschieden werden, ob das Senatusconsult nicht gilt, weil das Geschäft volente vel etiam sciente patre entstand (§ 8—12.), oder weil das Hauskind juristisch dem Hausvater gleichsteht oder „publice" als Hausvater geachtet wurde (S. noch S. 29—31). Im ersten Falle hat auch der Vater die exceptio nicht; im zweiten und dritten Falle kann sie für den Vater nicht erst wegfallen, weil er ipso iure nicht obligirt ist. Der Satz daß eine exceptio wegfalle (cessat) hat nur da Sinn, wo die Obligation ipso iure besteht (wo der Schuldner ipso iure non liberatus est).[8])

Aus dem Vorigen hebe ich noch einen Punkt zur näheren Besprechung hervor, den Satz daß dem Bürgen, Mandator die exceptio scti versagt sei, wenn ihnen der Regreß verschlossen ist. Wir werden damit auf die Frage geführt, in welchen Fällen dem Bürgen die exceptio des Hauptschuldners gebühre. Es kann nicht die Absicht sein, diese Frage hier zu erledigen. Ich mache hier nur auf den Gegensatz des sct. Macedonianum und Velleianum aufmerksam. Der Bürge einer Frau, die contra sct. Velleianum intercedirte, soll die exceptio haben, auch wenn er den Regreß nicht hätte: „quia totam obligationem senatus improbat" erklärt Julianus.[9]) Darnach scheint es, als dürfe jene Frage beantwortet werden ohne Rücksicht darauf, ob Regreß zusteht oder nicht. Dies behauptet auch Bekker,[10]) der die Re-

[8]) Vgl. l. 8. § 3 D. de fideiuss. 46, 1. — An ergo condemnato reo exceptione (fideiussor) uti possit quaeritur; nam ipso iure non liberatur.

[9]) l. 16. § 1 D. ad sct. Vell. 16, 1. — Ebenso wenn ein Dritter für die Frau oder das Hauskind ein Pfand giebt, l. 2 D. quae res pignori 20, 3.

[10]) Die processualische Consumption. Berlin, 1853. S. 200 flg.

greßfrage weder als Grund noch als Bedingung davon anſieht, daß der Bürge die Exceptionen des Schuldners erhielt. Er unterſtützt dieſe Behauptung, die nicht für das Juſtinianiſche Recht gelten ſoll, vorzugsweiſe durch obige Stelle Julians. Ich glaube nicht, daß damit Bekker's Behauptung ſich begründen läßt. Bekker überſieht den Grund Julian's, warum auch der regreßloſe Bürge der Frau die exceptio scti Velleiani habe: quia totam obligationem senatus improbat. Julian ſagt damit, daß die Obligation der intercedirenden Frau nicht einmal als naturalis obligatio gelte, alſo durchaus null ſei, oder wie er in l. 8. § 12 D. ad sct. Vell. ſchreibt: die Frau iſt „non obligata cum effectu.“[11]) Daß hiermit das Daſein einer naturalis obligatio verneint wird, zeigt Julian ſelbſt am Schluß von § 12: „denique in Falcidia hoc aes alienum non imputabitur“ und in l. 1 § 17 D. ad l. Falc. Id quod natura hereditati debetur, — non esse computandum in hereditate quidam putant. Sed Iulianus et haec ex eventu augere patrimonium aut non augere existimat — ideoque et in restitutionem hereditatis venturum. Weil nun die Obligation der intercedirenden Frau nicht einmal als naturalis Wirkung hat, ſo fehlt der dafür beſtellten Bürgſchaft auch die letzte Vorausſetzung für ihre Geltung, und folglich muß ein ſolcher Bürge die exceptio scti Velleiani haben, er mag regreßfähig ſein oder nicht.[12]) Anders beim sct. Macedonianum. Das Hauskind iſt naturaliter obligirt; die Bürgſchaft dafür iſt alſo rechtlich ſtatthaft. Da nun das Hauskind, contra sct. Maced. obligirt, gegen die Klage durch exceptio ſich ſchützen kann, ſo muß auch der regreßfähige Bürge die exceptio haben, weil ſonſt das Hauskind

---

[11]) Marcellus in l. 8. § 9 D. eod. umſchreibt daſſelbe mit inanis obligatio.

[12]) Vgl. auch l. 19. § 5 D. ad sct. Vell. und dazu Bachofen, ausgew. Lehren. S. 44—48.

indirect doch und damit auch der Vater haften müßte; anders beim regreßunfähigen Bürgen. Darin alſo, daß die Haftung des regreßunfähigen Bürgen dem sct. Velleianum gegenüber nicht möglich iſt, weil nicht einmal eine naturalis obligatio vorhanden iſt, daß dagegen der Bürge eines Hauskindes für die naturalis obligatio deſſelben ſich verpflichtet hat, liegt der Grund zur verſchiedenen Beantwortung derſelben Frage; und eben das iſt der Grund Julians.[13]) Mit dieſer Erklärung ſtimmt im Weſentlichen Girtanner;[14]) er unterſcheidet aber, ob die Exception nur den civilen oder auch den naturalen Beſtandtheil der Obligation aufhebe und ob ſie erſt nach Eingehung der Bürgſchaft begründet wurde oder nicht. Die letztere Unterſcheidung finde ich in den Quellen nicht wieder und auch werthlos. Auch die erſtere Unterſcheidung kann ich nicht zugeben; es kann von der Art der exceptio rei cohaerens nicht abhängig gemacht werden, ob der Bürge ſie brauchen könne. Denn ob naturalis obligatio übrig bleibe oder nicht, beſtimmt ſich nicht nach der exceptio, ſondern nach anderen Gründen, wie ich ſpäter auszuführen verſuchen werde. Ob nun, wie Girtanner thut, aus den zwei Beiſpielen der beiden Senatusconſulte eine allgemeine Regel gezogen werden dürfe, ſcheint mir doch dem ius singulare gegenüber ſehr fraglich.

---

[13]) Anders erklärt die Gloſſe ad l. 16. § 1 cit., indem ſie an den Gegenſatz beim sct. Maced. erinnert: „quia si fideiussor qui pro filio intervenit animo donandi, non conveniretur sic nullus conveniretur. Sed hic licet fideiussori succurratur, restituitur actio creditori a lege in priorem debitorem.“ Dieſe Rückſicht, ob Jemand haften würde oder nicht, müßte auch rechtfertigen, daß der regreßfähige Bürge die exceptio nicht hätte: darum finde ich dieſe Erklärung nicht zutreffend. — Wenn Bekker ſeine Behauptung noch dadurch ſtützt, daß ja auch der regreßberechtigte Correus nicht immer die Einreden des Andern hatte, ſo überſieht er doch wohl, daß die Unterſcheidung des principalen Correus und des acceſſoriſchen Correus (Bürgen) in der Beurtheilung derſelben Frage zu einem verſchiedenen Reſultat führen konnte und mußte. Darauf deutet auch Bachofen, a. a. O. S. 34. Anmerk. 57; Ribbentrop, Correal-Obligationen S. 27. Note 5.

[14]) Bürgſchaft, S. 41—44.

Girtanner meint, wo eine nat. obl. bleibt, ſei der Regreß allein entſcheidend, und umgekehrt. Das pactum de non petendo mit dem Schuldner hebt nun ſicher auch die naturalis obligatio auf:[15]) gleichwohl hat der Bürge die exceptio pacti nur, wenn er den Regreß hat.[16]) Dies widerſpricht durchaus der von Girtanner aus l. 16. § 1 D. ad sct. Vell. gewonnenen Regel. Nach dieſer Regel müßte die exceptio pacti erwartet werden, auch wenn der Bürge den Regreß nicht hätte. Es muß aber doch wohl von Einfluß ſein, ob der Gläubiger ſich ſelbſt durch ein pactum de non petendo das Klagrecht entzieht oder dieſes ihm durch rechtliche Vorſchrift (iure communi oder singulari) entzogen wird.[17]) Daß der Regreß allein nicht entſcheide, beweiſen die beiden Senatusconſulte; daß das Daſein einer naturalis obligatio allein nicht durchſchlage, beweist die Vergleichung von l. 16. § 1 D. cit. mit l. 32 D. cit. Es ſcheint mir daher weder durch Girtanner noch durch Bekker die Frage erſchöpft; uns kann hier nur der Gegenſatz der beiden Senatusconſulte beſchäftigen.

Die gegebene Erklärung beſtätigt ſich durch den ſchon oben (§ 12. S. 59.) berührten Ausſpruch Julians, daß nach dem Tode des Hauskindes, dem contra senatusconsultum geliehen worden, ein Bürge nicht mehr gültig gegeben werde, weil ja nicht einmal eine naturalis obligatio mehr vorhanden ſei und eine Erbſchaft nicht exiſtire, der die frühere naturalis obligatio

15) l. 95. § 4 D. de solut. 46, 3.

16) l. 32 D. de pactis 2, 14.

17) Donellus erklärt denn auch die exceptio des Bürgen beim sct. Macedonianum aus der allgemeinen Faſſung des Senatusconſultes „ne cui actio petitioque daretur“ und die Haftung des regreßunfähigen Bürgen aus dem Daſein der naturalis obligatio, ohne daraus eine Rechtsregel zu entnehmen, XII. c. 25. § 4. und § 10. — Auch die exceptio des Bürgen beim sct. Vell. erklärt Donellus nur aus dem ius singulare, aber wie ich glaube nicht befriedigend, ſ. XII. c. 30. § 4—6.

des Hauskindes angerechnet werden könnte. Die Schuld contra sct. kann ja auch nach dem Tode des Hauskindes nicht als Peculiarschuld des Hausvaters gelten, so daß dafür der Bürge verstanden werden dürfte. Darum ist es anders, wenn die Schuld nicht contra sct. Macedonianum ist und wenigstens de peculio geklagt werden kann. Diese Ausführung Julians ist Nichts als eine consequente Anwendung dessen, was er über den Bürgen der Frau geschrieben. Die Frau ist nie naturaliter obligirt; darum haftet der Bürge in keinem Falle. Die naturalis obligatio des Hauskindes hört mit dessen Tode auf; darum ist auch die Stellung eines Bürgen mortuo eo rechtlich unmöglich, also in jedem Falle unstatthaft. Hier stehen sich die beiden Senatusconsulte gleich. Donellus[18]) erwähnt wohl bei Gelegenheit dieser Frage auch jenen Ausspruch Julians, aber ohne die nun gegebene Beziehung mit dem Senatusconsultum Vell. zu verfolgen.

Es bleibt jetzt nur noch eine Frage übrig, die sonst nirgend erhoben wird, aber doch gestellt werden muß. Wird der Bürge des Hauskindes durch Litiscontestation des Letzteren ipso iure frei, wie iure communi jeder andere Bürge? Die Frage rechtfertigt sich aus dem Vorhergehenden. Wer für ein Hauskind, das contra sct. sich verpflichtete, Bürge wird, muß wissen daß dasselbe nur naturaliter verpflichtet ist. Es ist also iure singulari beim Hauskinde derselbe Zustand vorhanden, der sonst iure communi nur post litem contestatam eintritt. Nun konnte durch eine besondere Clausel die Bürgschaft auch gleich für die Zeit nach der Litiscontestation gestellt werden und es war diese

---

[18]) XII. c. 25. § 10. — Es verdient beachtet zu werden, daß die entscheidenden Stellen von Julian herrühren, meist aus demselben Buche, und daß darin immer die Erörterung der naturalis obligatio wiederkehrt. Von derselben Wichtigkeit ist, daß durch Julian der Begriff naturalis obligatio juristisch festgestellt wurde und daß er vor Allem die Frage untersuchte wann eine nat. obl. restire und was die Consequenzen seien.

Clauſel auch allgemein üblich.[19]) Darin lag nicht bloß, daß der Bürge auf die exceptio rei in iudicium deductae reſp. rei iudicatae für den Fall des iudicatum verzichte, ſondern auch daß derſelbe für die nach der Litisconteſtation reſp. nach der abſolutoriſchen Sentenz reſtirende naturalis obligatio einſtehen wolle. Da nun das Hauskind nur naturaliter obligirt iſt, ſo kann durch die Litisconteſtation Nichts geändert werden und der Bürge kann ſeine Nichthaftung nicht von daher geltend machen. Alſo haftet er fort, er müßte denn die exceptio scti gebrauchen können. Sonach würde die übliche Clauſel der Parteien, der Bürge ſolle auch post litem contestatam, auch für die naturalis obligatio gelten, hier iure singulari erſetzt. Aber freilich lag es nicht immer ſo klar am Tage, ob mutua pecunia contra sctum gegeben ſei oder nicht, m. a. W. ob eine civile oder nur eine naturale Obligation entſtanden ſei. Darnach ſcheint auch die unbedingte Annahme eines Verzichtes auf die exceptio rei in iudicium deductae u. ſ. w. doch bedenklich und die Frage unentſchieden, alſo quaestio facti bleiben zu müſſen. Daraus mag wohl das Schweigen der Quellen über dieſen Punkt erklärt werden. Vielleicht darf aber doch eine Andeutung und auch Entſcheidung dieſer Frage in l. 11 D. h. t. gefunden werden. Der l. 11. gehen voraus die Worte: Quamquam autem solvendo non repetant (l. 9. § 5.), quia naturalis obligatio manet (l. 10.): tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur scti exceptione. Et ita Julianus scribit in ipso filiofamilias exemplo mulieris intercedentis. Daß auch dem Bürgen, wenn er belangt iſt, die privilegirte Natur der exceptio zu Statten komme, glaube ich oben S. 105 ffg. nachgewieſen zu haben. Wir müſſen aber auch weiter behaupten, daß der nicht belangte Bürge trotz der condemnatio des Hauskindes die exceptio scti noch gebrauchen könne und auch nöthig habe, da ihn die

[19]) l. 8. § 3 D. de fideiuss. 46, 1. vgl. l. 28. C. de fideiuss. 8, 41.

exc. rei iudicatae nicht befreit. Kann er die exc. scti nicht begründen, ſo haftet er alſo weil ihm die exc. rei iudicatae nicht gilt. Wenn bei „condemnati“ an Bürgen und Hauskind zu denken iſt, ſo iſt der Sinn der Stelle: die exc. iſt privilegirt, mag condemnirt ſein der Bürge oder das Hauskind. Dies kann nicht bloß heißen, daß der condemnirte Bürge u. ſ. w. die exc. scti noch habe; ſondern auch: wenn das Hauskind condemnirt iſt, ſo hat trotz der res iudicata auch der Bürge noch die exceptio scti, wenn er ſie nur zu begründen vermag. Alſo: durch Litisconteſtation des Gläubigers mit dem Hauptſchuldner wird iure singulari der Bürge ipso iure nicht liberirt, er haftet noch fort, er müßte denn die exc. scti durchführen können.

Sollte aber auch der Grund, weßhalb der Bürge der Frau in jedem Fall die exc. sct. Vell. habe, der Bürge des Hauskindes contra sct. Maced. nur im Fall des Regreſſes, nicht zugegeben werden, ſo müßte ſicher entſcheiden die Rückſicht auf den Vater. Dieſer würde, wenn der regreßfähige Bürge die exceptio nicht hätte, de peculio haften müſſen. Nun ſoll aber gerade die Haftung de peculio durch das Senatusconſult ausgeſchloſſen werden; alſo müßte ſchon um des Vaters willen dem Bürgen die exceptio gegeben werden. Das wäre aber wieder nicht nöthig, wenn der Bürge regreßunfähig iſt. Dem Fall des regreßunfähigen Bürgen ſteht übrigens vollkommen gleich folgender Fall. Wenn der Hausſohn z. B. institor eines Dritten iſt, ſo hat nicht bloß der Hausſohn, ſondern auch ſein Hausvater die exceptio scti Macedoniani; der Dritte aber haftet und hat die exceptio nicht.[20]) Wenn es hiernach auch ſcheint, als ob für unſre Frage die Rückſicht auf die naturalis obligatio juriſtiſch zurücktreten dürfte, ſo erweiſt ſich dies doch als falſch. Denn die Haftung des Bürgen, wie des dominus institoris, ſetzt doch mindeſtens eine naturalis obligatio in der Perſon des Schuldners reſp. institor voraus.

[20]) S. oben S. 33. 36.

Erſt wo dieſe Haftung juriſtiſch möglich iſt, kann gefragt werden, ob der Bürge reſp. dominus die exc. scti Maced. gebrauchen könne. So wenig nun der dominus dieſe exceptio hat, weil nach dem rechtlichen Verhältniß ihm der Regreß gegen den institor reſp. deſſen Vater juriſtiſch unmöglich iſt; ſo wenig der Bürge, wenn er irgendwie dieſes Regreſſes ſich begeben hat. Darnach ſcheint mir kein Zweifel, daß für das sct. Maced. im Gegenſatz zum sct. Vell. die Zuſtändigkeit der exc. scti Maced. in der Perſon des Bürgen die zwei Bedingungen hat: Daſein der nat. obl. und Regreß. In wieweit dies iure communi auch gelte, gehört nicht hierher.

§ 20. Wegfall der exceptio aus ſpäteren Gründen.

Die Geltung der exceptio scti Macedoniani hat zwei Vorausſetzungen:

1.) daß mutua pecunia an ein Hauskind gezahlt wurde obligandi animo,

2.) daß es geſchah ignorante patre und auch nicht in rem patris versum.

Unter dieſen Vorausſetzungen liegt eine obligatio contra sct. Macedonianum vor und die exceptio iſt als perpetua begründet. Wenn nun doch um eines ſpäteren Ereigniſſes willen die exceptio ceſſiren ſoll, ſo muß dies darin liegen, daß eine von den beiden Vorausſetzungen nicht mehr zutrifft.

Die Thatſache der Zahlung kann nun nicht wieder aufgehoben werden: causae facti infirmari non possunt. Nur inſofern der animus obligandi ſich aufhebt durch den animus donandi (pactum de non petendo), kann mit der Wirkung der Zahlung auch die Zahlung ſelbſt gehoben gelten. Hiervon iſt aber hier nicht weiter zu ſprechen, da in dieſem Fall die obligatio gänzlich (ipso iure oder exceptione) wieder gelöst wird. Das

Ceſſiren der exc. scti Maced. hat aber nur da Sinn, wo die obligatio ex mutua pecunia data wenigſtens naturaliter noch Beſtand hatte.

Auch müſſen wir hier von dem Fall abſehen, daß das in rem versum der Zeit nach nicht mit der Aufnahme des Darlehens zuſammenfällt. Wir haben oben (§ 9.) geſehen, daß, wenn das Senatusconſult wegen in rem versum nicht gilt, nicht die Zeit, ſondern nur die Thatſache des versum entſcheidet. So lange nun die Thatſache ſich noch nicht entſchieden hat,[1]) iſt es auch noch unentſchieden, ob eine obligatio contra sct. exiſtire oder nicht. Mit der Entſcheidung der Thatſache iſt es nun wieder mindeſtens werthlos, anzuführen daß vor dem versum das Geſchäft contra sct. war. Wo das Eine ſo gut möglich iſt wie das Andre (Beides bedingt), iſt Alles noch in suspenso: darum müſſen wir das ſpätere versum hier außer Betracht laſſen. Man kann nicht ſagen, daß eine Vorausſetzung der exc. nicht mehr zutreffe, ſondern nur, daß ſie nie vorhanden geweſen ſei.

Der Grund, warum die begründete exceptio ſpäter ceſſirt, kann hiernach nur noch gefunden werden in einem ſpäteren Akt des Darlehensempfängers (ſei es als Hauskind, ſei es als Hausvater) oder in einem ſpäteren Akt des Hausvaters. Ich will dieſen ſpäteren Akt als Anerkennung bezeichnen. Die Fragen ſind nun, welcher Art iſt die Anerkennung, und welche Wirkung hat die Anerkennung des Darlehensempfängers für den Hausvater deſſelben, und welche Wirkung hat die Anerkennung des Hausvaters für den Darlehensempfänger. Dazu kommt drittens, was wirkt die Anerkennung des Einen oder Anderen für den Bürgen. Zur Erörterung dieſer Fragen gehe ich in den folgenden Paragraphen über.

---

[1]) Obwohl animo vertendi beiderſeits contrahirt wurde und in der Aufnahme allein noch kein versum lag.

§ 21. Fortsetzung. Anerkennung von Seiten des Darlehensempfängers.

Die Anerkennung des Schuldners kann erfolgen zur Zeit, da er noch Hauskind oder schon Hausvater ist. Beide Fälle müssen geschieden behandelt werden.

I.) Die Frage, ob der Schuldner als Hauskind noch wirksam anerkennen könne, läßt sich auch so ausdrücken, ob das Hauskind gültig auf die exc. scti verzichten könne. Für die rechte Beantwortung dieser Frage ist es wichtig sich zu erinnern, daß durch die Anerkennung von Seiten des Hauskindes die Schuld schlechterdings nicht zur väterlichen Schuld de peculio wird: noch immer trifft die eine Voraussetzung des Senatusconsultes zu, daß ignorante patre contrahirt wurde. Darnach ist solche Anerkennung rechtlich wirkungslos, Verzicht ausgeschlossen. Auch für den Bürgen würde der Verzicht des Hauskindes keine Folgen haben: denn der Bürge hat die exceptio aus dem Grunde, aus welchem sie der Vater hat, damit dieser nicht de peculio hafte. Die Richtigkeit dieser Entscheidung läßt sich an dem constitutum nachweisen; dieser Nachweis soll aber erst weiter unten geführt werden.

Die Anerkennung ist verstanden als formaler Akt zum Zweck klagbarer Verpflichtung als Constitutum, als Novation: die Verschiedenheit beider Anerkennungsformen lassen wir vorerst ganz außer Acht. Daß solche Anerkennung wirkungslos sei, kann deßhalb bezweifelt werden, weil ja die Zahlung des Hauskindes gilt und die condictio indebiti ausgeschlossen ist. Immerhin aber ist doch in der Zahlung einer Schuld eine Art von Anerkennung zu finden. Wir dürfen also sagen, daß durch die Anerkennung in Form der Zahlung die exceptio scti gültig gehoben und darum die condictio indebiti ausgeschlossen werde. Dieser Punkt ist jetzt näher zu betrachten; wir haben dann zunächst zu fragen, ob auch von der Novation, die der Zahlung ja

gleichgestellt wird, dasselbe gelten könne. Hier ist Gelegenheit, auf das constitutum zurückzukommen.

Der eben berührte Zweifel löst sich nun nicht durch die Bemerkung, daß die Zahlung gelte, weil eine naturalis obligatio noch vorhanden sei. Eine solche Antwort übersähe, daß der Ausschluß der condictio indebiti nur möglich ist, weil durch die Zahlung die exceptio scti gehoben wird. Es würde also dadurch die Frage umgangen. Auch bliebe bei jener Antwort unbegreiflich, warum auf Grund der naturalis obligatio formale Anerkennung z. B. durch Constitutum rechtlich unwirksam sein solle. Die Lösung kann nur gefunden werden in dem Unterschied der Zahlung und der Anerkennung durch Constitutum. Durch solche Anerkennung wird die bestehende obligatio weder gehoben, noch eine andere, sondern nur, wenn ich so sagen soll, perpetuirt. Aber eben das Obligirtsein wollte der Senat nicht: „ne actio petitioque daretur." Die Zahlung tilgt die Obligation, und deßhalb gilt sie obwohl in ihr eine Art Anerkennung immer sich ausspricht. Dem Unterschied, den ich hier hervorhebe, begegnen wir wieder beim sct. Velleianum: die Frau kann fremde Schulden zahlen (baar, durch Delegation), aber sie soll sich nicht deßhalb obligiren.[1]) Daß in diesem Unterschied auch die Lösung jenes Zweifels liegt, wird sich besonders bei der Novation und dem constitutum herausstellen.

Es ist bisher vorausgesetzt, daß das Ganze gezahlt werde. Wenn nun das Hauskind nur einen Theil zahlt, so wird Niemand zweifeln, daß für den Rest dem Hauskinde (auch wenn es inzwischen sui iuris geworden), wie dem Hausvater desselben und dem Bürgen die exceptio noch zustehe. Hier ist ein Zweifel gar nicht möglich, ob durch theilweise Zahlung[2]) die exceptio

---

[1]) l. 4. § 1. l. 8. § 5. D. ad sct. Vell. 16, 1. Zu den Bemerkungen im Text vergl. l. 49 § 1 D. de fideiuss.

[2]) l. 7. § 15 D. h. t. kommt hier nicht in Frage.

verloren gehe, da formale Anerkennung durch das Hauskind Nichts wirkt.

Die Frage ist nur noch, was wirkt die Zahlung? Weil durch Zahlung die naturalis obligatio getilgt wird, so wird nun der Bürge, wie der Vater nicht bloß ope exceptionis, sondern schon ipso iure frei. Indeß diese Liberirung ist doch nicht schlechthin gewiß. Das Hauskind hat kein eigenes Geld: also zahlt es entweder mit väterlichem Gelde (aus dem Peculium etwa) oder es zahlt mit fremdem Gelde. Im ersten Falle geht die Liberirung wieder zurück; Vater und Bürge haften wieder, aber sie haben die exceptio scti. Im zweiten Falle nur bleibt die Liberirung in Kraft. Denn die Zahlung z. B. aus dem Peculium gilt für den Vater nicht, weil die Schuld contra sct. Maced. nicht das Peculium trifft: also condicirt er. Für das Hauskind freilich gilt die Zahlung auch aus dem Peculium, es kann nicht condiciren,[3]) wird aber doch nicht liberirt, so lange die condictio des Vaters noch zu erwarten steht. Zahlt aber das Hauskind mit fremden Gelde, das ihm z. B. dazu geschenkt oder das von ihm dazu geliehen wurde, so kann auch der Vater nicht condiciren. Im Fall der Schenkung entscheidet, daß Jeder fremde Schuld bezahlen kann, wie der Bürge des Hauskindes; im andern Falle, wenn das Hauskind erst borgte um die Schuld contra sct. zu decken, würde dem neuen Gläubiger zwar, der den Hergang wußte, die exceptio sct. entgegenstehen;[4]) aber der alte Gläubiger ist gültig befriedigt. Dies ist der Inhalt der vielbesprochenen Stelle Ulpians:

l. 9. § 1 D. h. t. Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Julianus, 1.) si quidem hac conditione

---

[3]) Weder proprio nomine, noch im Namen des Vaters, wenn es diesen z. B. beerbt hat, l. 26. § 9 D. de cond. indeb. 12, 6.

[4]) l. 7. § 14 D. h. t. Vergl. S. 40—42.

ei donata sit pecunia ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis; 2.) si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo si solverit condictionem patri ex omni eventu competere. (Ulp. lib. 29 ad Ed.)

Julian ſagt, im Fall 1. iſt keine wahre Schenkung, weil das Hauskind dadurch Nichts gewinnt, alſo auch der Vater nicht; das Hauskind verliert nur Nichts. Im Falle 2. gewinnt der Vater, die Summe kommt in's Peculium: und dann condicirt der Vater „ex omni eventu.“ Dem 1. Falle ſteht gleich, wenn das Hauskind borgt, um eine Schuld contra sctum zu decken: denn was das Kind contra sctum erwirbt, geht nicht in's Peculium, ſo wenig wie was ex delicto erworben oder ſo geſchenkt wurde ut creditori solvat. Jenem Condictionsrecht des Vaters ex omni eventu im Fall 2. widerſtreitet aber l. 14 D. de cond. indeb. 12, 6.

Si filiusfamilias contra senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur; sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam toties condictio datur quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset si dominium ad accipientem transiisset; in proposito autem non esse. Denique, per errorem soluti contra senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem. (Ulp. l. 29. ad Ed.)

Der Widerſtreit betrifft nur die Condiction im Fall der Conſumtion. Im Fall, daß das Geld noch vorhanden iſt, geben Beide die Vindication. Julian giebt nur auch in dieſem Fall die Condiction, ähnlich wie die cond. furtiva zuſteht auch wenn das geſtohlene Gut noch vorhanden iſt.[5]) Daß inſofern auch Mar-

[5]) Gaius IV. 4. — Die Emendation Puchta's, Vorleſungen 2. Bd. 2. Aufl. S. 153, „vindicationem“ ſtatt „condictionem“ in l. 9. § 1. cit. halte ich für eben ſo unnöthig als ungerechtfertigt.

cellus die condictio zulaſſen würde, darf wohl kein Zweifel ſein; aber da iſt die condictio überflüſſig, weil Vindication möglich iſt. Marcellus verneint nur für den Fall der Conſumtion. Die Löſung des Widerſpruchs kann nun nicht darin geſucht werden, daß man annimmt,[6]) Marcellus ſpreche von einem Conſumiren bona fide, Julian vom Conſumiren mala fide. Dieſer Unterſcheidung widerſpricht „ex omni eventu.“ Marcellus macht im Fall der Conſumtion einen ganz andern Grund geltend: quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset; in proposito autem non esse. Die Condiction, ſagt Marcellus, ſetzt Eigenthumsübergang voraus. Dieſer Eigenthumsübergang erfolgt iure, wenn der Geber Eigenthum hatte, oder durch Conſumtion. Die Hingabe z. B. von Geld hat aber entweder 1.) den Zweck, den Empfänger zu verpflichten (ex qua actio esse potuisset) oder 2.) den Geber zu liberiren (in proposito autem non esse). Dieſe verſchiedene causa dandi entſcheidet für die Zuläſſigkeit der Condiction im Fall der Conſumtion. Wird gegeben (fremdes Geld) um zu verpflichten, ſo entſteht mit der Conſumtion die Obligation und nun iſt condictio ſtatthaft. Wird gegeben um zu liberiren, ſo tritt mit der Conſumtion Befreiung ein und nun iſt die condictio verſagt: vor der Conſumtion iſt Vindication möglich. In dem Grund des Marcellus iſt das allgemeine Dogma der römiſchen Juriſten aus-

---

6) So die Gloſſe ad l. 9. § 2 h. t. und mit ihr ſpätere Juriſten, darüber ſ. Glück, XIV. S. 318. 319; auch Donellus, XII. c. 28. § 14., Unterholzner, Schuldverhältniſſe I. S. 149 n. — Julian meine alſo die cond. furtiva. Aber wenn in der Zahlung des Hausſohnes aus dem Peculium Diebſtahl läge, ſo wäre die cond. furt. nur gegen den Dieb, den Hausſohn möglich. Der Gläubiger könnte nur als Hehler gelten; dieſer aber haftet mit der a. furti, nicht mit der reiperſecutoriſchen condictio, l. 6. D. de cond. furt. 13, 1. Die bona oder mala fides kann alſo nur für die actio furti in Betracht kommen.

gesprochen, das Julian selber mittheilt.[7]) Es scheint mir hiernach kein Zweifel, daß in Betreff der speciellen Frage, Rückzahlung eines creditum contra sctum mit väterlichem Gelde, Julian und Marcellus sich widersprechen, ohne daß dieser Widerspruch gelöst werden kann.[8]) Marcellus hat für sich das allgemeine Dogma rücksichtlich der Condictio; für Julian spricht das ius singulare des Senatusconsultes, wornach der Vater solche Schulden nicht zu tilgen braucht. Das ius singulare geht dem ius commune vor, ist Julians Grund. Ich schließe mich der Ansicht des Marcellus an, da ich es sehr bedenklich finde, eine Abänderung des allgemeinen Dogmas durch das ius singulare anzunehmen.

Der Zahlung des Hauskindes stelle ich zur Seite die Novation. Wie das Hauskind gültig zahlen kann ohne condiciren zu dürfen, so kann es gültig noviren, ohne von der exc. scti ferneren Gebrauch zu machen. Also kann es an seiner Statt einen anderen Schuldner stellen und an Stelle des alten Gläubigers einem neuen Gläubiger versprechen.[9]) Aber nur für das Haus-

---

[7]) l. 19. § 1 D. de reb. cred. 12, 1. — Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumta ea habet obligatum eum qui acceperit; item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit. Vgl. die ganz gleiche Entscheidung Ulpians in l. 14. § 8 D. de solut. 46, 3. Beziehung zu diesen Fragen hat auch l. 19 D. de fideiuss. 46, 1. (Jul.) — si vero extra causam peculii rel.

[8]) Die Annahme, Marcellus verneine nur die cond. ex mutuo, nicht die cond. sine causa, die Julian meine, scheint mir dem Text gegenüber unmöglich; so schlugen zur Lösung des Widerspruchs schon einige Glossatoren vor ad l. 9. § 2 h. t., unter Anderen später Glück a. a. O. S. 320, neuerdings Sintenis, Civilrecht II. S. 510. Note 43.

[9]) l. 19 D. de novatt. 46, 2. Doli exceptio quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est. Idemque est in ceteris similibus exceptionibus, imo et in ea quae ex scto filiofamilias datur; nam adversus creditorem cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra sctum dederat, non utetur exceptione quia nihil in ea promissione contra sctum fit tanto magis

kind gilt die Novation, alſo haftet es dem neuen Gläubiger ex stipulatu und der Regreßklage des delegirten Schuldners ex mandato. Für den Vater wirkt ſie Nichts; er hat gegen die actio de peculio die exceptio sctι, entſprechend der condictio wenn mit ſeinem Gelde gezahlt wurde und ſo lange noch nicht conſumirt iſt.

Gehen wir nun zur formalen Anerkennung zurück, ſo iſt jetzt an dem constitutum nachzuweiſen, daß auch in den Quellen die oben ausgeſprochene Anſicht von der rechtlichen Unmöglichkeit ſolcher Anerkennung ſich findet. Das Conſtitutum wirkt nicht wie Zahlung; nicht wie Novation, da es nicht causa obligationis iſt. Alſo bleibt unverändert die obligatio und ihre causa. Es kann nun zwar eine nat. obl. conſtituirt werden, d. h. ſie wird dadurch klagbar: in dem Conſtitutum einer ſolchen Obligation liegt der Verzicht auf die klagloſe Verpflichtung. Dieſer Verzicht kann aber vom Prätor da nicht angenommen werden, wo durch exceptio die Verpflichtung wirkungslos geworden. Dies könnte nur durch Novation geſchehen; dieſe aber liegt nicht im Conſtitutum, weil durch pactum die causa obligationis nicht eine andere wird. So verſtehe ich

l. 3. § 1 D. de const. pec. 13, 5. Si quis autem constituerit quod iure civili debebat iure praetorio non debebat i. e. per exceptionem, an constituendo teneatur quaeritur. Et est verum ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est.

---

quod hic nec solutum repetere potest. Wächter, Württemberg. Privatrecht II. S. 487. Note 19. giebt auch dem Sohne die exceptio. Ich glaube aber, daß naturaliter solvere und civiliter solvere gleich ſtehen. Paulus in l. 19. cit. widerſpricht Ulpian in l. 7. § 7 D. h. t.; über die Löſung dieſes Widerſtreites ſ. oben S. 90—96. — Weil die Novation für das Hauskind gilt, ſo wird der Bürge ipso iure frei; der Vater hat noch immer die Exceptio.

Die Stelle kann in Widerſpruch gefunden werden mit dem Satz daß auch die naturalis obligatio conſtituirt werden kann.[10]) Die naturalis obligatio und diejenige, welcher eine exc. perpetua entgegenſteht, ſind formal ſich gleich. Man muß alſo eine naturalis obligatio vorausſetzen, die im Wege der Compenſation exceptionsweiſe geltend gemacht werden könnte, ohne daß replica doli oder z. B. replica scti Maced. möglich iſt. Nicht im Widerſpruch damit ſteht l. 1. § 3 D. de const. pec. Sed si filiusfamilias constituerit, an teneatur quaeritur; sed puto verum et ipsum constituentem teneri et patrem de peculio. Denn dabei ſind Obligationen vorauszuſetzen, die nicht durch exceptio entkräftet werden können. Iſt die Erklärung von l. 3. § 1. richtig, ſo folgt, daß die Anerkennung in Form des Conſtitutum Nichts wirkt, auch wenn der Darlehensempfänger als Hausvater con-

---

[10]) Auch die Gloſſe hält eine Erklärung für nöthig und bemerkt zu „exceptionem“ sc. favorabilem quia ex ea datur etiam repetitio — secus si odiosa, ut in Maced. Eine Ausnahme ſoll ſein „nisi filius iusto errore ductus constituat, ut in l. 20 D. ad sct. Maced.“ Aber l. 20. ſpricht vom paterfamilias und von Novation. Die Gloſſe fragt noch: „Sed si quis sciens se quis nullo modo teneri constituat? Resp. tenetur, quia donare videtur.“ Aber das Hauskind kann nicht ſchenken. Die Gloſſe erklärt alſo Nichts. Dagegen bemerkt die Gloſſe richtig zu „iuribus“ i. e. iure civili naturali. Girtanner, Bürgſchaft S. 59. bezieht die Stelle nur auf das constitutum debiti alieni, wozu kein Grund vorhanden ſcheint. Kuntze, die Obligation S. 202. ignorirt die Schwierigkeit dieſer Stelle gänzlich und verſteht die Stelle nicht, wenn er in den Worten „debita iuribus non est pecunia“ die Wiederholung ſieht von „quod iure praetorio non debebat.“ Pomponius ſagt: das Conſtituiren macht keine Schuld „pecunia quae constituta est debita iuribus non est.“ Alſo iſt das Conſtitutum weder prätoriſche Novation, wie Kuntze meint, noch (was er als ein Zweites anſieht) prätoriſche solutio. Nach Kuntze's Theorie iſt es geradezu unbegreiflich, wie Pomponius ſo ſchreiben konnte. Dann iſt das Conſtitutum Novation, wenn auch nur prätoriſche, d. h. Liberirung einerſeits und Obligirung andrerſeits: warum iſt denn pecunia constituta nicht einmal iure honorario debita? Vgl. noch l. 11. § 1. l. 12. l. 24. 31 D. de pec. constit.

ſtituirt. Donellus[11]) läßt hier das Conſtitutum gelten und erklärt l. 3. § 1. cit.: „Quocirca ideo aequum est debitorem ob eas causa non teneri, quia iure naturali (er meint die exceptio) fit ne teneatur i. e. quia natura non obligatur. — Juribus i. e. — non modo non esse debitam iure naturali, quod constat propter exceptionem.“ Ich kann dieſe Erklärung nicht zugeben. Ulpian ſpricht doch ohne Unterſchied, ob die exceptio eine nat. obl. übrig laſſe oder nicht: durch ein Conſtitutum werde die exceptio nicht beſeitigt (debita iuribus non est pecunia quae constituta est). Dies iſt nur möglich, müſſen wir gewiß ergänzen, in Folge einer Novation. Auf dieſen Gegenſatz ſcheint mir der Schluß der Stelle hinzuweiſen.

Es iſt jetzt noch kurz die Pfandbeſtellung des Hauskindes zu erwähnen. Dieſelbe kann nicht gelten, mag die Schuld contra actum ſein oder nicht.[12]) Nur wenn der Hausſohn als magister navis oder institor oder iussu patris das Darlehen aufgenommen hätte und gemäß der Procura, würde auch das Pfand gelten.[13]) Die ungültige Verpfändung, freilich noch nicht die obligatio, muß aber convalesciren, wenn der Hausſohn den Vater beerbt.[14]) Der Zweifel, ob in der Pfandbeſtellung die Anerkennung der ganzen Schuld liege oder nicht, trifft nur den Fall, wenn der Schuldner als persona sui iuris ein Pfand giebt.

Das Reſultat iſt: die Anerkennung des Hauskindes iſt nur möglich im Wege der Zahlung und was der Zahlung gleich ſteht.

---

[11]) XII. c. 28. § 8. im Widerſpruch mit XII. c. 3. § 3. XIII. c. 22. § 2.

[12]) l. 7. § 2 D. h. t. — patris tamen res non tenebitur (in rem versum). Er müßte denn caſtrenſiſches Gut verpfänden.

[13]) l. 5. § 15. 16 D. de instit. 14, 3. — eius enim rei sequela est. — l. 4 C. h. t. 4, 28.

[14]) l. 7. § 2 D. h. t. — l. 4 C. h. t. 4, 28.

Formale Anerkennung als bloße Erneuerung oder Perpetuation der Schuld ist wirkungslos.[15]) Darum ist bei theilweiser Zahlung oder bei Stellung eines Pfandes, dessen Erlös die Schuld nicht deckt, ein Schluß auf den Rest nicht statthaft.

§ 22. Fortsetzung. Anerkennung von Seiten des Schuldners als Hausvater.

Daß die Anerkennung des Schuldners als Hausvater rechtlich wirke, könnte nach dem vorigen Paragraph als unzweifelhaft angesehen werden; auch die Unterscheidung, ob formale Anerkennung durch Constitutum und Novation oder Anerkennung durch Zahlung, Pfandbestellung, könnte unnöthig scheinen. Die Frage ist gleichwohl nicht so leicht zu erledigen; der Umstand, daß der Schuldner als Hausvater anerkennt, rechtfertigt noch nicht die Geltung jeglicher Anerkennung.

In den Quellen finden wir eine principielle Antwort nicht; nur einzelne Andeutungen, die überdies viel Zweifel lassen. Aus dem Digestentitel gehört hierher:

l. 7. § 16. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit sctum nec solutum repetere potest; (Ulp.)

l. 8. quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet. (Paul.)

l. 9 pr. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit dicendum erit, scti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. (Ulp.)

l. 20. Si is, cui dum in potestate patris esset mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam facti novatione facta eam pecuniam expromisit,

[15]) Die Frage, ob nicht wenigstens eine eidliche Anerkennung wirke, hat weder für das römische noch für das heutige gemeine Recht Werth; darüber vgl. Glück, XIV. S. 313—16.

si petatur ex ea stipulatione in factum excipiendum erit. (Pompon.)

aus dem Titel des Codex:

l. 2. Zenodorus si — suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est. (Severus & Anton.)

In den Worten „alias agnovit debitum“ ſcheint ein Princip angedeutet zu ſein. Donellus[1]) giebt denn darauf hin jeder Art der Anerkennung rechtliche Wirkung: die Anerkennung kann beſtehen

1.) in Zahlung,

2.) in Stellung eines Pfandes oder Bürgen,

3.) Novation, der das Conſtitutum gleichgeſtellt wird.

Er erklärt dies ſo: durch Novation und Conſtitutum werde eine nova obligatio contrahirt; in den anderen Fällen „quaecumque alia agnitio est debiti, semper saltem novum mutuum contrahetur.“ Die nova obligatio im Fall des constitutum muß nun nach römiſchem Recht doch bezweifelt werden. Die Erklärung des novum mutuum aber „nihil interest utrum pecunia detur alicui an ea quae apud eum erat pro data habeatur ab eo cuius fuit“ trifft hier nicht zu. Das mutuum beſtand ſchon; alſo iſt ein „mutuum de integro contrahere“ gar nicht erſt noch nöthig. Nicht um den thatſächlichen Beſtand des mutuum handelt es ſich, ſondern um die Beſeitigung der exceptio. Die Frage iſt: wann ſteht dem Schuldner als Hausvater die exceptio scti nicht zu, obwohl das Darlehen zur Zeit contrahirt wurde da er noch Hauskind war? Dieſe Frage hat Donellus umgangen.

[1]) XII. c. 28. § 3—8. — Ebenſo Glück, XIV. S. 320 ffg. — Nach Franke, civil. Abhandlungen S. 127. iſt das agnoscere „wohl nur auf das constitutum zu beziehen.“ Accurſius denkt nur an Zahlung und Pfandbeſtellung.

Um dieſe Frage erſchöpfend zu beantworten, müſſen wir folgende Sätze feſthalten. Durch die Anerkennung des Schuldners als Hausvater hört das Darlehen noch immer nicht auf ein creditum contra sctum Macedonianum zu ſein: denn es iſt noch immer wahr, daß ignorante patre die Schuld entſtand. Inſofern müſſen wir behaupten, daß die Anerkennung auch jetzt noch Nichts wirkt, weder für den Schuldner noch für den Vater, noch für den Bürgen: die exceptio bleibt. Dadurch ſind wir wieder auf die Unterſcheidung der Arten der Anerkennung gewieſen, wie im vorigen Paragraphen; und es darf uns hiernach nicht zufällig ſcheinen, daß Ulpian und Pomponius nur von Zahlung, Pfandbeſtellung, Novation, die Kaiſer von Novation und dem fraglichen „alias agnovit debitum“ ſprechen. Erſt wenn wir auf die einzelnen Arten der Anerkennung ſehen, wird es von entſcheidender Wichtigkeit, daß der beſtimmte Act der Anerkennung von dem Schuldner als Hausvater vorgenommen wurde: ſeine Vermögensfähigkeit macht rechtlich Zahlung, Pfandbeſtellung möglich, ihre Geltung iſt gewiß. Aber eben ſo gewiß iſt jetzt die Geltung der Novation; eine actio de peculio iſt jetzt nicht weiter möglich, wie im Fall, wenn der Schuldner als Hauskind novirt. Sind dieſe allgemeinen Sätze richtig, ſo erhalten wir folgende Reſultate:

A.) Die formale Anerkennung in Form des pactum, alſo das Conſtitutum beſeitigt auch jetzt noch nicht die exceptio. Der Grund, weßhalb die formale Anerkennung des Hauskindes Nichts wirkt, iſt auch jetzt noch vorhanden: er liegt nicht in der Eigenſchaft des Hauskindes und hebt ſich nicht in der Perſon des Hausvaters. Dieſer Grund iſt, daß durch pactum und darum durch Conſtitutum die exceptio nicht aufgehoben wird. Wäre dies, dann würde durch pactum Obligatio entſtehen; ſo ſchrieb Pomponius, debita iuribus non est pecunia quae constituta est. Wir müſſen alſo Anerkennungsarten ſuchen, die entweder die obligatio contra sctum tilgen oder eine ſelbſt-

ſtändige Obligation begründen: und dies iſt Zahlung, Pfandbeſtellung, Novation. Nur hierauf iſt zu beziehen „alias agnovit debitum“, nicht auf das Conſtitutum.

B.) In Betreff der Zahlung beſchäftigt uns hier nur der Fall theilweiſer Zahlung. Ulpian in l. 7. § 16 cit. läßt Zweifel, ob auf den Reſt die exc. scti noch gelte oder nicht: cessabit sctum nec solutum repetere potest. Unter den Neueren iſt viel Streit;[2]) für mich iſt es nach dem unter A. Geſagten gewiß, daß auf den Reſt die exceptio noch zuſtehe. Dieſer Anſicht iſt auch Puchta, aber ſein Grund iſt ohne Bedeutung: „da in der That das Darlehen von der Beſchaffenheit geweſen ſein kann, daß es nur zum Theil ſich rechtfertigen ließ;“ ingleichen Francke a. a. O., „weil ſonſt in theilweiſer Zahlung ein ſtillſchweigendes Conſtitutum geſehen werden müßte.“ Ich muß behaupten, auch wenn darin ein Conſtitutum läge, würde noch immer die exceptio bleiben. In einem Leipziger Programm[3]) wird die Zuſtändigkeit der exceptio auf den Reſt daraus gerechtfertigt, daß der Vater wie das Hauskind als paterfamilias wohl verzichten könne; aber in theilweiſer Zahlung könne kein Verzicht auf den Reſt gefunden werden, weil der Verzicht ſtrict zu interpretiren ſei, beſonders da wo die exceptio in odium creditoris gegeben ſei. Der wahre Grund ſcheint mir auch dies nicht zu ſein. — Die andere Anſicht, wornach die exceptio verweigert wird, hat ſchon die Gloſſe, Bartolus iſt aber dagegen; der Geſichtspunkt iſt „quasi approbaverit.“ Auch Donellus[4]) trägt ſie vor: „Nam qui se dicit partem debiti solvere, hoc dicit se partem solvere eius quod totum debet, quia non est pars nisi totius.“ Glück a. a.

---

[2]) Die Literatur darüber bei Glück, XIV. S. 323—25.

[3]) In memoriam Kees 1844. Interpretatio fragmenti 7. § ult. D. 14, 6. de scto Maced. p. 5. 6.

[4]) XII. c. 28. § 5.

O. meint, es müsse doch wohl vom Schuldner als paterfamilias Dasselbe gelten, was vom Vater des Schuldners gelte, wenn derselbe die Schuld seines Sohnes zu bezahlen beginne, „quasi ratum habuerit.“ Diese Gleichstellung ist unmöglich:[5]) die Schuld ist contra sctum, weil sie ignorante patre entstand, und bleibt es, auch wenn der Sohn als Hausvater anerkennt. Die Anerkennung des Sohnes ist niemals Ratihabition. Diese Ansicht von Glück u. s. w. wäre vielleicht nicht entstanden, wenn wir die Ulpianische Stelle in l. 9. pr. nicht hätten: „usque ad pignoris quantitatem.“ In den Anfangsworten „Sed si“ glaubte man einen Gegensatz zu dem Vorigen annehmen zu müssen, und der Beschränkung „ad pignoris quantitatem“ mußte bei theilweiser Zahlung unbeschränkte Anerkennung entsprechen.[6]) Ich halte es für bedenklich, sowohl durch das „Sed si“ als durch die Beschränkung „ad pignoris quantitatem“ sich bestimmen zu lassen. Auch ist gegen die hier vertheidigte Ansicht angeführt worden, daß sich damit nicht vertrage: sctum cessabit nec solutum repetere potest. Aber die Ansicht der Gegner begründet sich dadurch eben so wenig, wie Glück meint. Sctum cessabit soll heißen „auf den Rest“, nec solutum repetere potest beziehe sich auf die Theilzahlung. Diese Scheidung ist nicht gerechtfertigt. Ich finde darin nur ausgesprochen: durch Zahlung tritt das Senatusconsult außer Kraft und Rückforderung ist ausgeschlossen „quia naturalis obligatio manet.“ Darnach kann aus dem Wortlaut der Stelle weder die eine noch die andere Ansicht sich begründen. Daß so jene Worte aber verstanden werden müssen, bestätigt wohl die Stelle des Paulus: quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit repeti debet. Hätte der minor, der

---

[5]) S. auch das angeführte Programm p. 10. 11.

[6]) So auch Bangerow, Leitf. I. S. 520. — Donellus, XII c. 28 § 7. begreift nun freilich nicht, warum Ulpian dieselbe Frage anders entscheide, und weiß als letzten Grund nur die Regel: in dubio pro reo.

paterfamilias iſt, ſelbſt gezahlt, ſo könnte er nicht zurückfordern,[7]) gleichviel ob er per errorem zahlte, oder nicht. Die Zahlung des curator per ignorantiam hebt aber das sctum nicht auf: sctum non cessat; die exceptio bleibt und darum auch die condictio.[8])

Rückſichtlich der Pfandbeſtellung gilt daſſelbe, was von theilweiſer Zahlung: sctum cessat usque ad pignoris quantitatem. Soweit iſt die exceptio gehoben. Der Grund iſt nicht, wie Donellus a. a. O. § 7. bemerkt: qui dicit se pignus dare, dicit simpliciter se dare pro debito. — Et regula iuris facit, ut oratio accipienda sit pro debitore ac minimum deberi intelligatur;" auch nicht der des Voetius, den Glück adoptirt, daß in der Pfandgebung eine Proteſtation liege, die Schuld nicht weiter anzuerkennen. Auch die Erklärung des Programms p. 12: pignoris enim datio quodammodo vicem tenet solutionis" reicht mir nicht aus.[9]) Der wahre Grund iſt, durch den contr. pignoraticius gewinnt der Gläubiger ein ſelbſtſtändiges Recht und darnach beſtimmt ſich der Umfang dieſes Rechtes, alſo usque ad pignoris quantitatem. Ein Mehreres kann der contr. pign. nicht gewähren; und für den nicht ge-

---

[7]) Es müßte denn Veranlaſſung zur in integrum restitutio ſein.

[8]) Dieſe l. 8. wird von Allen als ein bedeutungsloſes Einſchiebſel betrachtet und darum zum Verſtändniß der l. 7. § 16. nicht benutzt, ſo z. B. von Bangerow; auch in dem angeführten Programm p. 8. 9., welches zur Erklärung der l. 7. § 16. auf § 15. zurückgeht; das bloße „cessabit sctum" daſelbſt erkläre ſich „quum non necessarium videretur hunc solutionis (a patre) effectum ad partem iam solutam restringere." Das iſt doch geſucht.

[9]) Pignus dare iſt ein satisfacere, aber nicht solutionis loco, vgl. l. 9. § 3 D. de pign. act. 13, 7. — Daſſelbe müßte dann auch gelten, wenn der Schuldner einen Bürgen ſtellt und wenn ein Dritter ein Pfand giebt, l. 2 D. quae res pignori 20, 3. Donellus c. 28 § 6. iſt auch conſequent genug, in dieſem Falle ebenfalls die exceptio zu verweigern; ihm folgt Glück. Das kann nun gewiß nicht zugegeben werden.

deckten Theil der Schuld kann die exceptio durch ein pactum nicht gehoben werden, so wenig wie bei theilweiser Zahlung. Also nicht wegen Analogie gilt dasselbe, sondern obwohl Analogie nicht besteht.

Es bleibt nur noch Novation übrig. Diese wirkt wie Zahlung; die exceptio scti wird gehoben, auch wenn der Schuldner per ignorantiam facti novirte. Denn das sctum cessat nec solutum repeti potest, auch wenn der Schuldner per errorem zahlte. Aber gegen die actio ex stipulatu soll der Schuldner in diesem Falle doch eine exc. in factum haben. Hier zeigt sich, daß Novation zwar juristisch, aber nicht factisch solutio ist; darum wird wohl die exc. scti beseitigt, aber nicht die exc. in factum.[10]) Die Novation ist doch immer nur formale Anerkennung und nicht als Anerkennung, sondern nur als solutio beseitigt die Novation die exceptio scti. Ruht nun die Anerkennung auf einem error facti, so kann gegen die actio ex stipulatu noch dieser error facti excipirt werden. Dies sagt Pomponius in l. 20. Es kann daraus wohl ein sicherer Schluß gemacht werden auf die Anerkennung als pactum, constitutum: das pactum ist nicht solutio und nicht obligatio. So glaube ich auch indirect bewiesen zu haben, daß durch die Anerkennung die exceptio scti nicht gehoben wird, ohne Unterschied ob der Schuldner als Hauskind oder als Hausvater anerkennt. Von der Wahrheit dieses Satzes hängt das Verständniß obiger Stelle ab.

Zum Schluß ist noch zu fragen, welche Wirkung die Anerkennung des Schuldners als Hausvater für den Bürgen und den Vater habe. Donellus giebt die allgemeine Antwort: „cessat

[10]) Donellus c. 28 § 9. giebt auch die exc. doli. Aber es kann doch nicht dolus genannt werden, wenn man fordert was man credendi animo gegeben. Die exc. scti ist durch Novation gehoben; also bleibt nur eine exc. in factum.

sctum, sed adversus eum duntaxat; ceteris eius agnitio non nocet, ut patri et fideiussoribus.[11]) Das iſt nicht genau, eine allgemeine Antwort läßt ſich nicht geben. Durch formale Anerkennung (Conſtitutum) verliert auch der Schuldner die exc. nicht; bei theilweiſer Zahlung und bei Pfandbeſtellung behält er ſie für den nicht gedeckten Theil, alſo auch der Vater und Bürge. Im Fall der Novation aber wird der Bürge frei nach bekanntem Grundſatz, der Vater wird ipso iure frei, weil Schulden ſeines Kindes aus der Zeit da es sui iuris war, ihn nicht berühren. Die exc. scti iſt hier alſo überflüſſig.

§ 23. Fortſetzung. Anerkennung von Seiten des Vaters des Schuldners.

Die Anerkennung von Seiten des Vaters des Schuldners iſt ganz anders zu beurtheilen rückſichtlich der Geltung und der Wirkung, als die von Seiten des Schuldners. Die obligatio iſt contra sctum Macedonianum, weil ſie ignorante (invito) patre entſtand; ſie iſt es nicht mehr, wenn der Vater hinterdrein die Schuld anerkennt. Durch ihn iſt Ratihabition rechtlich möglich, weil von ihm die rechtliche Geltung des Contractes abhängt (totus contractus a patre videbitur comprobatus). Dieſe

---

[11]) Donellus eod. § 11. erklärt dies, weil die exc. Beiden erworben ſei und durch eine Handlung des Sohnes nicht entzogen werden könne, nach l. 62 D. de pact. 2, 14. Das iſt wohl richtig; aber die Anerkennung als ſolche wirkt Nichts, auch für den Sohn, darum läßt ſich auch nicht ſagen: ceteris non nocet. — Ob Donellus auf l. 62. ſich berufen könne, ſcheint mir doch fraglich. Der Juriſt ſpricht von der exc. pacti de non petendo, wodurch auch die naturalis obligatio aufgehoben wird. Damit fehlt für die Bürgſchaft die rechtliche Möglichkeit. Auch ſteht mit l. 62 im Widerſpruch Paulus in l. 27 § 2 D. de pact. — Eadem ratione contingit ne fideiussoribus prius pactum prosit.

Ratihabition bedarf keiner Form, wie es auch keiner Form bedarf, damit die obligatio nicht als contra sctum entstehe. Schon sciente patre entsteht eine klagbare Obligation; also genügt auch die nachfolgende Genehmigung des Vaters ohne alle Form, mithin pactum, constitutum. Und im Beginn der Zahlung liegt also Anerkennung der Schuld und zwar der ganzen Schuld.[1])

l. 7. § 15 D. h. t. Hoc amplius cessabit sctum, si pater solvere coepit quod filiusfamilias mutuum sumserit, quasi ratum habuerit.

Ob aus den Worten cessabit sctum ohne den Zusatz des § 16: „nec sol. rep. pot.“ geschlossen werden kann, daß die Anerkennung der ganzen Schuld gemeint sei,[2]) bezweifle ich. Ich kann es nur auf die im Vorigen angegebene Weise erklären. Um die exceptio scti auszuschließen, ist es nicht nöthig, daß der Vater zahle oder novire, sondern es genügt schon jede Art der Anerkennung (ratum habere).[3])

Die Wirkung der Anerkennung des Vaters ist, daß der Hausſohn wie der Bürge die exceptio scti einbüßen. Donellus müßte auch hier behaupten, daß die Anerkennung des Vaters wenigstens dem Bürgen nicht schaden könne. Er erklärt dies aber hier richtig so[4]): „nam huius ratihabitio retrotracta ad initium mutui facit ut nec videatur his ab initio exceptio quaesita. Non enim quaesita esset, si ab initio res gesta esset voluntate patris.“ Man kann wohl sagen: der Bürge wie das Hauskind habe die exceptio unter der Bedingung, wenn die Darlehensschuld nicht als väterliche Schuld sich aufweise. Erfüllt sich die Bedingung — erfolgt die Ratihabition —, so ist die exceptio ihnen zu

---

[1]) Aehnlich Donellus, XII. c. 28. § 11. 12. — c. 27. § 11.

[2]) So in dem angeführten Programm p. 9. 10.

[3]) l. 7. pr. C. h. t.

[4]) eod. c. 28. § 12.

keiner Zeit erworben geweſen. Alſo weiß der Bürge, daß ſeine Haftung ganz in den Händen des Vaters des Schuldners liegt.[5])

§ 24. Die naturalis obligatio.

Die Schuld contra sctum Macedonianum iſt eine naturalis obligatio, ſchreiben die römiſchen Juriſten; die Schuld contra sctum Velleianum iſt es nicht. Wie auffällig dieſes verſchiedene Reſultat bei gleichem Wortlaut der Beſtimmung ſei „ne actio petitioque daretur", wurde ſchon oben § 18. bemerkt. Dieſer Punkt iſt jetzt noch zu unterſuchen.

Die Fragen ſind:

1.) erklärt ſich dies aus dem Charakter der exceptio scti Maced. und Vell., da aus dem Text des Senatusconſultes ſich Nichts entnehmen läßt?

2.) entſteht beim sct. Maced. nur eine naturalis obligatio, oder eine civilis et naturalis obligatio ſo daß ſich alſo das Daſein der naturalis obligatio für ſich erſt ſpäter entſcheidet?

Zur erſten Frage. Aus beiden Senatusconſulten iſt nur ſoviel zu erſehen, daß ipso iure die Obligation gilt (§ 18). Damit haben wir die Nothwendigkeit der exceptio, aber Nichts weiter. Daraus daß ipso iure eine Obligatio nicht gilt, folgt noch nicht, daß auch der naturale Beſtandtheil derſelben noch gelte oder nicht mehr gelte: die Obligation des Sclaven beſteht ipso iure nicht, aber die naturalis obligatio gilt. Durch Litisconteſtation mit dem Hauptſchuldner wird der Bürge ipso iure frei und bleibt auch nicht naturaliter obligirt. Ebenſo iſt daraus, daß eine Obligatio ope exceptionis nicht beſteht, weder auf die

[5]) Eine gleiche Entſcheidung gibt Paulus in l. 56 § 2 D. de fideiuss. 46, 1. Si nummos alienos quasi tuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. Quid ergo si consumtis nummis nascatur condictio? Puto fideiussorem obligatum fore; in omnem enim causam acceptus videtur quae ex ea numeratione nasci potest.

Exiſtenz noch auf die Nichtexiſtenz einer naturalis obligatio zu ſchließen. Bei der exc. pacti de non petendo in rem bleibt keine nat. obl. zurück; bei der exc. pacti de non petendo in personam wird weder die civilis noch die naturalis obligatio berührt. Bei der exc. rei iudicatae bleibt nach der einen Anſicht eine nat. obl. noch zurück; daß bei der exc. iurisiurandi auch die nat. obl. nicht mehr beſtehe, iſt allgemein zugegeben.[1]) Daſſelbe bezeugen die Exceptionen der beiden Senatusconſulte. Alſo das Daſein einer naturalis obligatio und die Nichtexiſtenz derſelben iſt gleich möglich, mag ipso iure oder ope exceptionis die Obligation nicht mehr beſtehen. Darnach muß es ſehr fraglich ſein, ob das Reſtiren einer naturalis obligatio von der exceptio abhängig gemacht werden darf. Gleichwohl finden wir ſchon bei den römiſchen Juriſten den Verſuch, jene Frage principiell zu beantworten nach dem verſchiedenen Charakter der Exceptionen. Unſere Juriſten bekennen ſich zu demſelben Dogma; die Erklärung iſt nur eine ganz andere. Dieſe Verſuche ſind jetzt zu prüfen.

Die römiſchen Juriſten hatten das Dogma: wem eine exceptio perpetua zuſtehe, der könne die Zahlung condiciren.[2]) Dieſes Dogma zeigte ſich aber falſch z. B. bei der exc. rei in iudicium deductae und rei iudicatae: die Condictio hat nicht Statt.[3]) Ebenſo unrichtig zeigt es ſich gegenüber der exceptio scti Macedoniani. Den Grund des Dogmas konnte man in dem Weſen der exc. perpetua ſuchen wollen, wiewohl Bedenken hätte erregen müſſen, daß auch wo ipso iure die Obligatio nicht beſteht Zahlung rechtlich bald gilt bald nicht. Auch

---

[1]) Vgl. l. 42. pr. D. de iureiur. 12, 2. Dabei iſt daran zu erinnern, wie gern man iusiurandum und res iudicata auf eine Linie ſtellt.

[2]) l. 34. § 11 D. de solut. 46, 3. (Julianus). — l. 26. § 3 D. de cond. indeb. 12, 6. (Ulp.)

[3]) l. 60. pr. D. de cond. indeb. 12, 6. (Paulus. Julianus.)

den Grund der Ausnahme konnte man alſo in einem Unterſchied der excc. perpetuae zu finden meinen. So ſchreiben denn

Pomponius in l. 19 pr. D. cond. indeb. 12, 6. Si poenae causa eius cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet; et ideo solutum repeti non potest.

und

Marcianus in l. 40. pr. D. eod. Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest ut accidit in scto de intercessionibus; ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias factus solverit, non repetit.

und hiernach wohl Ulpianus in

l. 9. § 4 D. h. t. Et hi tamen qui pro filiofamilias sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetant — hoc enim et D. Hadrianus constituit, et potest dici non repetituros, — atquin perpetua exceptione tuti sunt. Sed et ipse filius et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.

Wenn man den Text des sct. Maced. vergleicht, ſo ſieht man wohl wie dieſe Anſicht entſtand. Daß ſie nur durch dieſes Senatusconſult ſich bildete, iſt klar; hatte man einmal für dieſe exc. einen Grund gefunden, ſo bot ſich durch den Gegenſatz leicht eine allgemeine Regel. Aber der Regel widerſtreitet gleich wieder die exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae. Vielleicht haben die römiſchen Juriſten eine allgemeine Regel gar nicht aufſtellen wollen, ſondern in ihrer Unterſuchung nur auf

die beiden Senatusconsulte Bedacht genommen. Wir müssen darnach von dem römischen Versuch absehen. In der Glosse findet sich nur eine Wiederholung, keine Begründung der römischen Unterscheidung; auch Donellus[4]) referirt nur, und neulich wieder Büchel.[5]) Gegenwärtig ist diese Ansicht wohl ganz aufgegeben.[6])

Auch Savigny a. a. O. hält daran fest, daß der Grund, wann eine naturalis obligatio restire, wann nicht, in den Exceptionen selbst liegen müsse, und sucht nun eine allen Exceptionen gemeinsame Regel. Diese soll sein: „diejenigen Exceptionen, welche sich lediglich auf römisches ius civile gründen, lassen in der That für eine fortwirkende nat. obl. Raum, so die excc. scti Maced., rei iudicatae, wegen des sog. benef. competentiae u. s. w.; während schon im ius gentium wurzelnde Exceptionen auch die Zerstörung der naturalis obligatio mit sich führen, so die exc. pacti, doli, iurisiurandi." Die exc. aus dem benef. compet. hat Savigny selbst später zurückgenommen;[7]) davon ganz abgesehen wäre doch zu fragen gewesen, mit welchem Rechte diese exc. eine exc. civilis, die exc. pacti aber eine exc. iuris gentium genannt wird, da doch beide ihre Geltung in gleicher Weise dem Edict und der römischen Jurisprudenz verdanken. Daß die exc. scti Velleiani jener Regel widerstreitet, hebt Savigny selbst hervor.[8]) Durch die Regel Savigny's ist in der That der Zweifel nur auf einen andern Punkt verlegt, nicht ge-

---

[4]) XIV. c. 11. § 13. 14. 19. c. 12. § 1—14.

[5]) Civilrechtl. Erört. II. 1. Abth. S. 103—119.

[6]) S. dagegen Savigny, System V. S. 375—77. — Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I. S. 185.

[7]) Obligationenrecht, I. S. 106.

[8]) Daß aber auch die exc. legis Cinciae der Regel Savigny's widerspricht, ist übersehen worden, fr. Vat. § 266. — unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse. (Ulp.)

hoben. Wie mit der römiſchen Anſicht die exc. rei iudicatae, ſo läßt ſich mit ſeiner Anſicht nicht die exc. scti Velleiani vereinen. Auch die Art, wie Savigny das eigenthümliche Reſultat des sct. Vell. rechtfertigen will, kann ich nicht billigen.[9])

Bei der Frage, wann eine nat. obl. übrig bleibe, muß von den Exceptionen ganz abgeſehen werden. Daß neben der exceptio rei in iudicium deductae die nat. obl. noch gilt, liegt doch nicht in der exceptio, ſondern in der Thatſache, auf welcher die exceptio ruht: die conſumirende Kraft der Litisconteſtation iſt es doch, die hier wirkt. Daß neben der exc. doli die nat. obl. nicht mehr wirkt, liegt in dem dolus, der dem Andern nicht Gewinn bringen kann; das zeigt ſich deutlich bei den neg. bonae fidei, wo der dolus ipso iure, nicht ope exceptionis geltend gemacht wird. Daſſelbe wiederholt ſich bei der exc. pacti: auch dieſes wirkt bald ipso iure, bald ope exceptionis; daß die Naturalobligation hier wie dort gehoben wird, kann kein Zweifel ſein[10]). Ebenſo ſteht es bei der exc. iurisiurandi; rückſichtlich dieſer erfahren wir von Pomponius ausdrücklich, daß der Grund in dem pactum, das im iusiurandum enthalten iſt, liege, und daß auf den Inhalt des iusiurandum d. h. des pactum Alles ankomme. Derſelbe ſchreibt in:

l. 42. pr. D. de iureiur. 12, 2. — Eam rem apertius explicat Julianus; nam si controversia inter creditorem et pupillum fuerit an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenerit ut ab omni conditione (contentione) discederetur si pupillus iurasset, isque iuraverit se dare non oportere, naturalis obligatio hac

---

9) S. oben § 2. S. 7—10.

10) Vgl. l. 95 § 4 D. de solut. 46, 3. Wann das pactum entweder ipso iure oder ope exceptionis wirke, kann uns hier nicht beſchäftigen. Auch in l. 95 § 4 iſt das iusiurandum dem pactum gleichgeſtellt; vgl. l. 6 § 3. 4. D. de his qui not. inf. 3, 2. l. 18 C. ex quib. caus. inf. 2, 12. — l. 13 § 2 D. de iureiur. 12, 2. (Jul.)

pactione (exceptione Hal.) tolletur et soluta pecunia repeti poterit. Sin vero creditor quidem se mutuam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur quod tutor eius non intervenisset et hoc tale iusiurandum interpositum est, hoc casu fideiussorem praetor non tuebitur.

Pomponius wurde gefragt: wenn der Pupill geſchworen hat se dare non oportere und der Gläubiger nun zum Bürgen geht, an excludendus sit exceptione iurisiurandi? Quid tibi placet rescribe mihi. Er theilt eine Unterſuchung Julians mit; dieſer aber ſagt, das ſei quaestio facti. Die Wirkung der Exceptio ſei verſchieden je nach der Thatſache, die ihr zu Grunde liege. Iſt durch das iusiurandum erhärtet worden, daß Zahlung nicht vorausgegangen, dann iſt auch von keiner naturalis obligatio die Rede; dieſelbe bleibt aber, wenn nur erhärtet wurde, daß sine tutore auctore Zahlung erfolgte. Es kann nicht deutlicher geſagt ſein, daß nicht die Exceptio über das Daſein der naturalis obligatio entſcheidet, ſondern nur was durch die Exceptio geltend gemacht wird. Durch die Exceptio, müſſen wir ſagen, entſteht kein Recht, aber es wird auch dadurch keines aufgehoben oder gekürzt. Von der Exceptio gilt, was von der Klage gilt. Die Klage iſt kein Entſtehungsgrund, die Exceptio iſt kein Endigungsgrund. Dies mag hier genügen, um auf einem eigenen Weg die Beantwortung obiger Frage zu verſuchen.

Ich ſehe dabei von den excc. doli, iurisiurandi, pacti ganz ab und richte die Unterſuchung nur auf beide Senatusconſulte und auf die lex Cincia. Die excc. scti Maced. und Velleiani haben gegenüber der exc. doli u. ſ. w. das Gemeinſame, daß ſie erſt durch ein Prohibitivgeſetz begründet ſind. Ohne dies Specialgeſetz würde das Geſchäft gelten und klagbar ſein (ab omni exceptione tutum); es liegt keine Thatſache vor, wie dolus, iusiurandum, pactum. Ganz ſo ſteht es mit der exc. legis Cinciae. Bei der exc. legis Cinciae und exc. scti Vell. wirkt keine nat. obl. fort, bei der exc. scti Maced. wirkt ſie fort. Das Re-

ſultat fällt auf, weil der Grund aller drei Exceptionen der gleiche iſt, ein Prohibitivgeſetz. Der Text der Senatusconſulte führt nicht zu dem verſchiedenen Reſultat; der Text der l. Cincia liegt uns nicht vor, aber wir dürfen vermuthen, daß er ähnlich den Senatusconſulten geklungen habe. Derſelbe kann nicht etwa gelautet haben, ut irrita fiat donatio, weil ſonſt die Vertheidigung ipso iure genügt hätte. Dann wäre es aus dem Geſetz, alſo aus dem Grunde der Vertheidigung[10]) zu erklären geweſen, daß nat. obl. nicht reſtire. Soviel iſt hiernach klar, das verſchiedene Reſultat gründet ſich nicht auf die Exceptio; ſonſt müßten wir es rechtfertigen können aus dem Text des Geſetzes, weil erſt durch Geſetz die Exceptio eingeführt iſt. Wir ſind alſo auf den Inhalt jener Obligationen hingewieſen, die durch dieſe Prohibitivgeſetze haben verhindert werden ſollen. Ich mache hier aufmerkſam auf das verſchiedene Verfahren, welches im Gegenſatz zur exc. doli u. ſ. w. eingehalten werden muß, um die Frage rückſichtlich der Prohibitivgeſetze zu beantworten. Während bei der exc. doli, pacti, iurisiurandi das Verhältniß des dolus, pactum, iusiurandum gegenüber der Obligation über die Nichtexiſtenz der naturalis obligatio entſcheidet, ſo iſt bei der exceptio aus jenen Prohibitivgeſetzen, wo ſolche Thatſachen nicht wirken, eben nur der Inhalt der Obligation allein zu unterſuchen und darnach das Reſtiren einer naturalis obligatio zu beſtimmen.[11])

Unterſuchen wir nun den Inhalt dieſer Obligationen. Die Schenkung iſt Vertrag auf Hingabe ohne Gegenleiſtung. Durch

---

[10]) Wie das iſt beim sct. Hosidianum, ſ. oben § 18.

[11]) So erklärt ſich wohl, warum die römiſchen Juriſten augenſcheinlich nur die excc. scti Maced. und Velleiani in Unterſuchung gezogen. Leicht möglich, daß Marcianus in l. 40. pr. cit. neben der exc. Vell. auch der exc. l. Cinciae gedachte, die aber von Tribonian als unpraktiſch geſtrichen wurde.

die lex Cincia wurde Schenkung durch Stipulation ausgeschloſſen. Seitdem war alſo jede Stipulation donandi animo eine Stipulation sine causa. Wenn nun eine Stipulation sine causa vorliegt, ſo haftet zwar der Schuldner und ſein Bürge ipso iure, aber ſie haben die exceptio doli. Der dolus wird motivirt z. B. numeratam pecuniam non esse oder rem neque emtam neque traditam esse. Man könnte meinen, der Bürge dürfe der Exceptio ſich nicht bedienen, weil er ja auch für eine naturalis obligatio ſich verpflichten könne. Aber ſie ſteht ihm doch zu [13]), ohne Rückſicht auf Regreß. Wir dürfen ſchließen, daß in der stipulatio sine causa keine naturalis obligatio implicirt iſt: im Fall irrthümlicher Zahlung hat alſo die condictio Statt. Dies iſt das Dogma: qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Eben dieſes Dogma trägt Ulpian vor bei der exceptio legis Cinciae in Fr. Vat. § 266. lib. 1. ad ed. de reb. cred. Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur (iure civili), sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat i. e. perpetuam exceptionem. [14]) Quare hoc quoque repeti poterit si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, rel. Die exc. doli gegen eine Stipulation sine causa macht geltend „pecuniam numeratam non esse“ und Aehnliches. Die exc. l. Cinciae gegen die Stipulation donandi animo macht die l. Cincia geltend, wo-

[13]) l. 15 pr. D. de fideiuss. 46, 1. Si stipulatus esses a me sine causa et fideiussorem dedissem et nollem eum exceptione uti sed potius solvere, ut mecum mandati iudicio ageret, fideiussori etiam invito me exceptio dari debet; interest enim eius pecuniam retinere potius quam solutam stipulatori a reo repetere. Es iſt zu beachten, daß in dem letzten Satz es ſich nicht um die Regreßklage (mandati) handelt, ſondern um die condictio. Denn der fideiussor wußte, daß die stipulatio sine causa war; vgl. l. 29 pr. D. mand. 17, 1.

[14]) Vgl. l. 26 § 3 D. de cond. indeb. 12, 6.

durch eine ſolche Stipulation zur Stipulation sine causa geworden, während bis dahin der animus donandi als reelle causa galt. Es kann kein Zweifel ſein, daß der Ausſchluß der nat. obl. nicht in der Art der exceptio, alſo überhaupt nicht in der exceptio liegt. Nicht um der exceptio willen, ſondern um einer beſtimmten Thatſache willen iſt eine naturalis obligatio nicht vorhanden. Dieſe Thatſache iſt bei der exc. l. Cinciae, daß durch dies Geſetz der animus donandi bei Stipulationen nicht mehr gilt als causa.

Ganz ähnlich iſt es mit der exc. scti Velleiani. Die Bürgſchaft iſt, wie die Schenkung, ein Vertrag auf dare, ohne empfangen zu haben. Inſofern iſt die fideiussio eine stipulatio sine causa, ſie wäre alſo ope exceptionis ungültig. Das hieße die Bürgſchaft zur juriſtiſchen Unmöglichkeit machen. Der Hergang der Sache zeigte, daß der Bürge die causa der Hauptſchuld für ſich gelten laſſen wolle und müſſe, wenn er Bürge ſein will.[15]) Iſt nun causa der Hauptſchuld vorhanden, ſo haftet der Bürge und die exc. doli gilt ihm nicht. Iſt causa der Hauptſchuld nicht vorhanden, ſo gilt ihm die exc. doli; und wenn er per errorem doch zahlt, ſo condicirt er. Es beſteht keine nat. obl., nicht weil ſie durch die exceptio beſeitigt iſt, ſondern weil es an der causa fehlt, kraft deren eine ſolche Obligation in ſeiner oder des Schuldners Perſon hätte entſtehen können. Durch das sct. Vell. iſt nun die Bürgſchaft der Frauen wieder zur stipulatio sine causa geworden. Das Reſultat iſt,

---

[15]) Dieſes Dogma iſt erſt wiſſenſchaftlich feſtgeſtellt worden. Die Bürgſchaft in Form der sponsio und fide promissio galt, auch wenn die Hauptſchuld sine causa war, Gaius III, 119. Dies konnte nun jedenfalls nicht gelten, wenn der sponsor, fidepromissor contra l. Cinciam geſtellt war. Dadurch entwickelte ſich wahrſcheinlich der ſpätere Satz, daß die fideiussio die Exiſtenz der Hauptſchuld vorausſetze. Puchta, Inſtit. III S. 45., ſieht in Gaius III. 119 nur Ausnahmen; dagegen auch Girtanner, Bürgſchaft S. 5. Wie Puchta auch Bekker, proceſſ. Conſumtion S. 190. 91.

wie bei der l. Cincia, wie bei jeder anderen stipulatio sine causa (ohne donandi, fideiubendi animus): eine naturalis obligatio iſt nicht[16]) entſtanden, ſie wird alſo nicht erſt durch die exceptio zerſtört.

Ganz anders bei der exc. scti Macedoniani. Das Senatusconſult ſetzt voraus mutua pecunia data. Aus mutua pecunia data entſteht naturalis obligatio. Von allen Quellenzeugniſſen abgeſehen beweiſt dies ſchon der Umſtand, daß wer in Folge einer stipulatio sine causa (non numerata pecunia) zahlt condiciren kann: eine naturalis obligatio beſtand mithin nicht. Das Senatusconſult hebt nun die Thatſache, daß mutua pecunia data iſt, nicht auf (ſ. oben § 18). Alſo bleibt die naturalis obligatio, nicht wegen „der ſchwächeren Wirkung" der exc. scti[17]) Maced. Das Gegentheil hieße: durch exceptio können Thatſachen aufgehoben werden. Das behauptet Savigny, wenn er Exceptionen unterſcheidet in ſolche, welche die nat. obl. zerſtören, und in ſolche, welche dieſe Wirkung nicht haben. Durch die Exceptio werden Thatſachen nur geltend gemacht, nicht geſchaffen, nicht aufgehoben; ſo wenig wie durch actio. Die Thatſache, welche durch exc. scti Maced. geltend gemacht wird, iſt aber das sctum ſelber.

Das Reſultat iſt: durch eine exceptio wird die naturalis obligatio nicht zerſtört, und es bleibt eine ſolche auch nicht übrig trotz der exceptio. Weder die Fortdauer noch der Ausſchluß der

---

[16]) Donellus XII c. 30 § 5 erklärt den Ausſchluß der nat. obl.: „senatum etiam genus ipsum totum intercessionis improbasse ut continens virile et civile officium." Dieſen Grund wiederholt Savigny, Syſtem V. S. 379 Note m., Obligationenrecht I S. 120. — Nun ſagt aber Donellus XII c. 24 § 8 doch auch vom sct. Maced.: „senatum speciem mutui prohibere voluisse."

[17]) Wie Savigny meint; Donellus XIV c. 12 § 14. erklärt mit dem bedenklichen Dogma: qui eiusmodi exceptionem (in odium creditoris) habet, debet natura" und nennt nun gar in § 4 ibid. dieſe „naturalis obligatio huic exceptioni adiuncta"!

naturalis obligatio hängt von der Exceptio ab. Die Existenz einer Exceptio ist ohne Einfluß auf die Existenz einer naturalis obligatio. Ganz dasselbe schreibt Papinian rücksichtlich der exc. rei in iudicium deductae in

l. 50 § 2 D. de pec. 15, 1. Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit non magis repetere potest, quam si iudicium dictatum non fuisset: eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio quam etiam servus accipere videtur in litem translata non est.

Papinian sagt ganz ausdrücklich [18]: mag die exc. rei in iudicium deductae begründet sein oder nicht, die Fortdauer der naturalis obligatio ist nicht davon bedingt. Naturalis obligatio in litem translata non est. Wenn eine naturalis obligatio der klagbaren Schuld zu Grunde liegt, so hört sie nicht auf durch Litiscontestation; liegt keine nat. obl. zu Grunde, so kann eben auch keine zurückbleiben: das ist der Schluß, auf den uns Papinian führt. Und auf diesem Satz ruht meine bisherige Darstellung.

Dieser Satz in Anwendung auf die excc. scti Maced., Velleiani und l. Cinciae lautet: Weil der stipulatio donandi animo und der stipulatio intercedendi animo eine naturalis obligatio nicht unterliegt, so kann sie weder durch die exc. l. Cinciae und exc. scti Vell. noch durch die exc. rei in iudicium deductae erst zerstört werden. Und weil aus mutua pecunia

[18]) Eine Anwendung desselben Dogmas bei Proculus in l. 84 D. de solut. 46, 3. Egisti de peculio servi nomine cum domino; non esse liberatos fideiussores eius respondit. Vgl. l. 38 § 2 eod. — Ich finde in diesen Stellen eine Bestätigung für die oben durchgeführte Ansicht, daß der Bürge des Hauskindes durch Litiscontestation des Letzteren nicht liberirt werde. S. 115 ffg.

data eine naturalis obligatio entſteht, ſo bleibt ſie auch trotz der exc. scti Maced. und trotz der exc. rei in iudicium deductae; denn durch die exc. scti Maced. wird nicht geltend gemacht mutuam pecuniam datam non esse, und für die exc. rei in iud. deductae gilt: quia naturalis obligatio in litem translata non est.

Es muß hier genügen, die Unhaltbarkeit der Savigny'ſchen Theorie nachgewieſen und durch die Vergleichung der exceptiones scti Maced. u. ſ. w. die Ueberzeugung begründet zu haben, daß das Daſein oder die Nichteriſtenz einer nat. obl. nicht abhänge von dem Charakter der exceptio. Iſt meine Darſtellung richtig, ſo haben wir damit einen poſitiven Begriff der naturalis obligatio gewonnen. Es ſetzt nun zwar die volle Einſicht in die Wahrheit der gegebenen Erörterung voraus, daß ein ſolcher ſubſtantieller Begriff der nat. oblig. ſich aufzeigen laſſe; aber es muß dies einer beſonderen Abhandlung überlaſſen bleiben.

Wir kommen zur zweiten Frage, ob nach dem sct. Macedonianum nur eine naturalis obligatio entſtehe oder eine civilis et naturalis obligatio von Anfang vorhanden ſei und ſich das Daſein der naturalis obligatio erſt ſpäter entſcheide? v. d. Pfordten[19]) betrachtet die naturalis obligatio contra sctum Maced. als einen „casus singularis, in quo licet et civilis et naturalis obligatio oriatur, tamen in odium creditoris constitutum est, ut actio summoveri possit exceptione quae naturalem obligationem non tollit.“ Es iſt wahr, daß nach dem sctum Maced. die obligatio ipso iure beſteht;[20]) aber die Frage iſt, welche obligatio beſtehe, die civilis oder die naturalis? Eine civilis obligatio entſteht nun aber gar nicht nach den Worten des Senatusconſultes „ne actio daretur“: die exceptio scti macht nur dieſe Beſtimmung des Senatusconſults

[19]) De obligationis civilis in naturalem transitu. p. 12.

[20]) So auch Savigny, Syſtem V. S. 372.

geltend. Alſo entſteht nur eine naturalis obligatio.[21]) Nach der l. Cincia, dem sct. Vell. entſteht weder eine civilis obligatio, noch eine naturalis obligatio: daher die obligatio contra sct. Vell. eine „inanis obligatio“ heißt.

§ 25. Geltung der exceptio bei vorhandenem pec. adventicium.

In den Quellen iſt die Frage nicht entſchieden, ob das Hauskind die exc. scti gebrauchen könne, wenn es ein peculium adventicium hat. Unſere Juriſten ſind nicht einig.[1]) Am meiſten begegnen wir der Anſicht, daß jedenfalls einem pec. advent. irregulare gegenüber die exc. nicht Statt habe.[2]) Die Gründe dafür ſind, daß ja das Hauskind inſoweit als paterfamilias gelte, und dem Hauskinde volles Eigenthum zuerkannt ſei. Dieſe Gründe werden, auch für das pec. adv. irreg., in einem Leipziger Programm[3]) beſtritten. Das Hauskind gelte trotzdem nicht als paterfamilias, was der Mangel der Teſtamentsfähigkeit beweiſe. Auch ſei es wohl von Juſtinian bedacht, daß Dritte nicht die Macht haben ſollen durch Zuweiſungen von Vermögen an Hauskinder dieſelben zu Hausvätern zu machen. Endlich ſei der wahre Grund des Senatusconſultes nicht die Vermögensunfähigkeit, ſondern „quod filiusfamilias est, — quod pecuniae datio perniciosa parentibus visa est et quod saepe materiam peccandi malis moribus praestaret.“ Nirgend ſetzten die röm. Juriſten den Grund in die Eigenthumsunfähigkeit; dieſer Grund würde auch jeden anderen Contract unter das Senatusconſult

---

21) So auch Donellus, XII c. 25 § 10 vgl. XIV c. 11 § 19, den v. d. Pfordten mit Unrecht für ſeine Anſicht citirt.

1) Die Literatur darüber bei Glück, XIV S. 349.

2) So auch Bangerow, Leitf. I S. 520, Sintenis, II S. 511, Anm. 48. — Donellus, XII c. 28 § 14, verweigert nur die condictio im Fall der Zahlung; über die Zuſtändigkeit der exc. ſchweigt er.

3) Quaestiones ad sct. Maced. 1849. p. 6—10.

geſtellt haben.[4]) Soweit das Programm. Dieſe Gründe haben viel Schein. Aber paterfamilias und Vermögensfähigkeit, filiusfamilias und Vermögensunfähigkeit fallen juriſtiſch zuſammen. Der Mangel der Teſtamentsfähigkeit rückſichtlich dieſer Peculien ſteht als eine ſinguläre Ausnahme da, die meines Erachtens nicht zu juriſtiſchen Folgerungen benutzt werden kann. Der einzige haltbare Grund könnte wohl nur darin gefunden werden, daß auch jetzt noch ignorante vel invito patre ein Darlehen vom Hauskinde nicht aufgenommen werden dürfe. Der Umſtand, daß patria potestas noch beſteht, würde alſo die Geltung des Senatusconſultes fordern. Aber das „ignorante vel invito patre“ erſcheint dann gleichgültig, wenn das Hauskind eigenes Vermögen hat. Die Haftung des Vaters de peculio, die durch jenes Erforderniß ausgeſchloſſen werden ſollte, hat doch die zwei Vorausſetzungen, daß aus einem andern Grunde der Vater nicht haftungspflichtig erklärt werden kann, und daß das Hauskind juriſtiſch nichts Eigenes habe. Wo dieſe letzte Vorausſetzung nicht zutrifft, da muß auch das Hauskind ſelbſt haften; und die exceptio scti in ſeiner Perſon hat nicht Statt, der Vater aber haftet ipso iure nicht. Und es muß dies gelten beim pec. advent. regulare, wie irregulare. Aus dem Recht des Vaters am pec. advent. regulare folgt nur, daß die Zahlung daraus nicht ohne deſſen Willen erfolgen kann;[5]) aber das Hauskind wird zum iudicatus. Wird nun das Hauskind frei von der patria potestas, ſo kann es gegen die cond. mutui, wie gegen die actio iudicati die exc. scti nicht gebrauchen; auch für ſeine Erben gilt die exceptio nicht. Von dieſem letzteren Satz aber müſſen wir wohl ausgehen, um die obige Frage zu beantworten.

---

[4]) Dagegen ſ. oben § 14.

[5]) Auch beim pec. adv. irregulare gilt daſſelbe, ſo lange das Hauskind noch nicht „perfectae aetatis“ iſt d. h. noch nicht 14 Jahre alt.

§ 26. Geltung des Senatusconsultes im heutigen gemeinen Recht.

Die Gründe des Senatusconsultes sind

1.) Die Vermögensunfähigkeit des Darlehensempfängers (§ 4—7.)

2.) Der Schutz des Vaters gegen die actio de peculio. Es wurde der Satz, daß iure communi der Hausvater aus den Contracten seines Hauskindes wenigstens de peculio hafte, soweit aufgehoben (§ 8—13.).

3.) Die gefährliche Natur des mutuam pecuniam accipere (§ 14—17.).

Die gefährliche Natur des Gelddarlehens ist aber eine allgemeine, gleich für Hausväter wie für Hauskinder. Wir sehen daraus, daß der dritte Grund mindestens den ersten zur nothwendigen Voraussetzung hat; er ist insofern nur secundär und gibt nur Aufschluß darüber, warum der Senat auf mutua pecunia data sich beschränkte. Denn nach dem ersten Grunde müßte die gleiche Bestimmung für alle Contractsschulden von Hauskindern erwartet werden. Dann hätte aber auch der zweite Grund nicht wirken können und das Senatusconsult müßte gelten, ohne Unterschied ob voluntate patris oder sine voluntate contrahirt worden, wie das ist nach dem Edict quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur (§ 3.)

Die Frage, ob das Senatusconsult noch gemeinrechtlich gelte, kann also nicht durch Rücksicht auf den dritten Grund entschieden werden. Deßhalb, weil die gefährliche Natur des Darlehens geblieben ist und bleiben wird, kann die Geltung des Senatusconsultes nicht behauptet werden.[6]) Wer das meint, giebt dem Senatusconsult die Bedeutung eines Polizeigesetzes, einen criminalpolitischen Gesichtspunkt. Dann aber muß das Senatusconsult

[6]) So Glück, XIV S. 354. „Der Grund daß den Söhnen durch den Geldcredit keine Gelegenheit zu Ausschweifungen gegeben werde, findet auch noch jetzt Statt."

gelten, das Darlehen mag sciente vel ignorante patre, in rem patris oder nicht gegeben sein; dann darf auch Zahlung nicht gelten, weil sich das Dasein einer naturalis obligatio mit einer polizeilichen Bestimmung nicht verträgt, wie dies die Spielschulden bezeugen. Daß die römischen Juristen diesen polizeilichen Charakter des Senatusconsultes nicht beachtet haben, wird aus der bisherigen Erörterung wohl klar geworden sein.

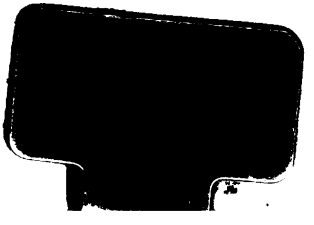
Es bleibt sonach nur der erste und zweite Grund übrig. Das römische Dogma von der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder haben wir im heutigen gemeinen Recht nicht; ich behaupte sogar, daß dieses Dogma schon zu Justinians Zeit nicht mehr bestand. Die väterliche Gewalt ist nicht mehr Grund, daß die Hauskinder vermögensunfähig sind. Insofern darf meiner Ansicht nach kein Zweifel sein, daß sowohl das beneficium competentiae, als auch die exc. scti für die Hauskinder weggefallen sei. Nur ist damit nicht gesagt, daß dem Vater des Schuldners die exc. scti nicht mehr zustehe; derselbe braucht sie aber juristisch nicht, da er ipso iure nicht haftet.

Sonach kommt Alles auf den zweiten Grund an. Ist der Schutz des Vaters gegen die actio de peculio noch nöthig? Es ist gewiß, daß zur Haftung des Vaters heut zu Tage aus Obligationen des Hauskindes entweder iussus eius (scientia) oder in rem patris versum vorliegen muß. Die Haftung des Vaters de peculio kennen wir nicht. Wir haben auch nicht mehr die naturales obligationes zwischen Vater und Kind, weil wir nicht mehr das peculium (profectitium) im Sinne der Römer haben als das Conto-Corrent für Beide mit der Wirkung nach außen. Ich kann, auch wenn sich dem peculium ähnliche Verhältnisse bei uns finden, darin nur ein nach innen wirkendes Verhältniß erblicken, das äußerlich, für Dritte, nicht in Betracht kommt. Auch darf doch gefragt werden, ob mit dem Dogma der universalen Vermögensfähigkeit sich das pec. profectitium der Römer verträgt? Denn das Letztere erklärt sich doch nur aus dem

römischen Dogma der Vermögensunfähigkeit. Hiernach ist bei uns ein Gesetz, wodurch die Haftung des Vaters de peculio ausgeschlossen würde, weder für Darlehen noch für andere Schulden nöthig. Nur hierum kann es sich aber fragen; denn im Fall des iussus, des in rem versum u. s. w. cessirte schon bei den Römern das Senatusconsult und galt für den Vater wie für das Hauskind die exc. scti nicht. Sonach muß auch aus dem zweiten Grunde das Senatusconsult die Anwendbarkeit bei uns verloren haben.

Das Resultat ist: wegen mutua pecunia data haftet das Hauskind bei uns, wie aus jedem andern Contract.[7]) Der Vater bedarf nicht erst der exc. scti Macedoniani, weil wir Haftung de peculio nicht kennen; dagegen haftet er, wie bei den Römern, im Fall des iussus und in rem versum. Das ius singulare des Senatusconsultes gilt nicht mehr, weil die beiden ersten Gründe nicht mehr zutreffen, der dritte aber in der Person der Hausväter ebenso wahr ist als in der Person der Hauskinder.

---

[7]) Da aber wo die väterliche Gewalt den Charakter eines vormundschaftlichen Verhältnisses hat, wird aus diesem Grunde jede Schuld, nicht bloß die Darlehensschuld des Hauskindes unklagbar sein, wenn sie ohne Wissen des Vaters entstand; so ist dies bestimmt nach Hamburger Recht Baumeister, das Privatrecht der Stadt Hamburg. II. S. 51. Note 41., eben so nach dem Österr. bürg. Gesetzbuch § 152. 244. Auch das Preuß. Landrecht geht doch von demselben Gedanken aus, wenn die Rechtsbeständigkeit aller von Hauskindern übernommenen Verbindlichkeiten von der Einwilligung des Vaters abhängen soll: was aber in Betreff des „freien Vermögens" nicht gilt, wenn ein großjähriger filiusfamilias sich verpflichtet. Aus dem letzteren Satz erhellt ganz deutlich, wie auch nach Preuß. Landrecht väterliche Gewalt und Vormundschaft auf einander bezogen sind. Vgl. dazu Bornemann, das Preuß. Civilrecht V S. 307—314. Dies, daß die väterliche Gewalt bei uns wenn nicht allein ein vormundschaftliches Verhältniß ist, doch sicher die Momente des letzteren in sich aufgenommen hat, möchte ich als das Princip bezeichnen, von welchem aus bei uns die Verpflichtung der Hauskinder aus jeglichem Contract, nicht bloß wegen Darlehen beurtheilt werden muß.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.